

PIERO CALAMANDREI

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE FLORENCIA

PROVIDENCIAS CAUTELARES

TRADUCCION DE

SANTIAGO SENTIS MELENDO

**De la Carrera Judicial Española
Magistrado de Audiencia**

PROLOGO DE

EDUARDO J. COUTURE

**Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad de Montevideo**

EDITORIAL BIBLIOGRAFICA ARGENTINA

CANGALLO 860

BUENOS AIRES

1984

I M P B E S O L A A E G B N T I N A

Queda hecho el depósito que previene la ley 11783.
Derecho« adquirido« pan todo* loa pateada ha-
bla española por el editor Aniceto López, j cedidos
para esta primera edición de 8000 ejemplares a la
EDITORIAL BIBLIOGRAFICA ARGENTINA
Cangallo 860 Bueno* Aires.

A

Giuseppe Chtovtnda

PROLOGO

Este libro forma parte de un género de literatura jurídica que la escuela italiana de derecho ofreció abundantemente al mundo en el período que separó ambas guerras.

Ahora que han acontecido tantas cosas, en un momento en que Italia, vencida por tantos fenómenos de orden político, militar y económico, busca en sus células nobles, en aquellas que pudieron sobrevivir a la lucha, los elementos que habrán de marcarle su derrotero futuro, parece llegado el momento de señalar lo que el derecho debe a este país.

No sólo por espíritu de justicia, sino también como un modo de impedir que cundan ciertas confusiones que parecen insinuar-se como triste recuerdo del destino que toca al árbol caído, es menester examinar este fenómeno en términos rigurosos.

El libro que el lector tiene en sus manos vendría a servir, así, más que de texto, de pretexto para meditar sobre el destino de una escuela.

»

De escuelas jurídicas estrictamente hablando, en el siglo XX europeo, sólo puede hablarse de la francesa, de la alemana y de la italiana.

España tuvo una escuela en cuyos dominios no se ponía el sol, antes y después que el rey famoso hubo adquirido y perdido los suyos. Pero en el siglo XX, si bien puede hablarse de figuras de primer plano, por diversos motivos, no puede hablarse de escuela. El derecho anglosajón, por otras razones, no ha dado al mundo

contemporáneo una **escuela** jurídica. Las **ha** dado en el orden económico y **ka** brindado, con sus instituciones, una ejemplar docencia de filosofía política. Pero no parece que pueda hablarse, sin hipérbole, de una escuela inglesa o angloamericana de derecho positivo o de teoría general. En cuanto a **Rusia**, si tiene dentro de sus contornos una escuela jurídica, lo cierto es que ella no ha trascendido hasta el día de hoy a la cultura occidental.

Holanda, Austria, Bélgica, Suiza, Portugal, han tenido juristas eminentes pero no escuelas jurídicas propias por haber girado en la órbita de sus más próximas culturas intelectuales. Así Austria, y lo mismo Hungría (ejemplo, Plosz), forman parte de la escuela alemana, a la que han aportado la figura señera de Kelsen y, en los dominios procesales, los dos genios de las reformas respectivas, Gláser en lo penal y Klein en lo civil, así como tratadistas de la talla de Sperl. De escuela puede hablarse, solamente, cuando en torno a una universidad o aun instituto se forma un conjunto tal de estudiosos que dan a su labor el mismo sentido de cooperación que en otros órdenes de la vida asegura el triunfo de los mejor organizados. Para esto es menester reunir muchas cosas. Se necesitan, ante todo, maestros. No bastan una, dos o tres figuras estelares: sólo decenas de maestros auténticos hacen una escuela. Se requiere, asimismo, una tradición. América no tendrá escuelas, hasta tanto nuestros humildes esfuerzos de hoy sean considerados, en el siglo XXI como el balbuceo de los precursores. Es menester, también, tener jóvenes que posean conciencia de su misión. Esto, que es lo más difícil de todo, quiere decir que sólo un grupo compacto, ligado por un ideal científico común, decidido a olvidarse por un momento de las unidades individuales para ofrecer un sólo flanco a la crítica y a la lucha contra el escepticismo y el desinterés ajeno, puede dar a una escuela el sentido de masa que le es indispensable. Escuela sin jóvenes no es escuela, porque sólo los jóvenes junto a los mayores hacen el cúmulo de sabiduría y de poder que la vida demanda. Y se requieren, por último, principios. Una escuela es tal el día en que ha logrado reducir a principios los datos de la experiencia,

Prólogo

cuando ha logrado darles unidad y pureza, cuando un vocablo representa un concepto fácilmente admitido, cuando una regla se ha desenvuelto hasta sus últimas consecuencias, cuando se manejan los materiales históricos con absoluta seguridad.

Solamente cuando un país logra reunir todas estas cosas, merced a sostenidos esfuerzos de siglos, y a poderosos impulsos de siempre renovada actualidad, puede proclamar que tiene una escuela. Esta es, así, historia, filosofía, ciencia y técnica. Si falta uno solo de estos extremos, el camino se halla aún a medio recorrer.

»

No es necesario recordar aquí lo que Italia tuvo desde el comienzo de su historia. Baste decir que la excelencia sin par de los materiales brindados por el derecho romano, ha sostenido todas las construcciones del mundo contemporáneo. Todo el derecho alemán posterior a la recepción, ha sido un monumento construido con materiales romanos. Y en la época contemporánea, son los pueblos anglosajones, por curiosa antinomia, los que ofrecen el ejemplo más notable de sobrevivencia de la primitiva concepción romana del derecho.

Parece también obvio destacar lo que fué el derecho medioeval italiano. Las escuelas de Bolonia, Padua y Pavía, constituyeron en su tiempo la más alta expresión del pensamiento jurídico clásico y de ellas recibió el Renacimiento el legado de la civilización latina.

Y resulta, por último, particularmente innecesario para el lector, repasar lo que representó para este admirable país, el siglo XIX, donde cada rama del derecho halló una figura cumbre.

Es con este legado con el que el siglo presente plantea a la escuela italiana el problema de su subsistencia. Y es, justamente, entonces, cuando Italia toma el rumbo de su supremo esfuerzo científico en el orden del derecho.

Un examen de lo que fué la ciencia del derecho en Italia en los comienzos de este siglo, permite comprender el significado de esta escuela en todo el tiempo posterior.

La filosofía del derecho tenía en ese entonces un alto representante del positivismo: Vanni. Pero en el campo de la filosofía general, la figura de Croce había puesto sobre la mesa de examen el idealismo y tenía, en figuras como Gentile, quienes seguían su camino. En el campo del derecho, Del Vecchio habría de inspirarse luego en ese plan de filosofía general, para ser el fundador del idealismo italiano en el plano de la filosofía jurídica.

La historia de las instituciones tuvo, en el límite de los dos siglos, un notable desenvolvimiento. La "Rivista italiana per le scienze giuridiche", en manos de Schupfer, fué el instrumento que estimuló la investigación y permitió dar a esta escuela, las bases históricas que para ser tal necesitaba. Fué acompañado por Nino Tamasia y por Resta, este último insuperado expositor de la vida jurídica italiana de la Edad Media.,

Fué también entonces cuando apareció en Italia una de sus figuras más singulares de todos los tiempos: Vittorio Scialoja, "il maestro di coloro che sanno". Scialoja fué un excelso romanista que apenas escribió obras de derecho romano; pero que comunicó la pasión por ese derecho a todos los que trabajan en ramas particulares. Era, por su parte, emanación del viejo maestro Filomusi-Guelfi y habría de encontrar continuadores excelsos en Bonfante, el más grande romanista italiano, y en Segré. Scialoja "contaminó", podría decirse, de derecho romano a todos los estudiosos de Italia, dando nueva vida a los diferentes sectores individuales. Hechura de Scialoja en su vocación romanista, son Chiovenda, en el campo del derecho procesal; Sraffa, continuador de la obra magnífica de Vivante en el derecho comercial, en que a su vez, con Bolaffio, sucede la enseñanza de Vidar; Ranelletti, en el derecho administrativo, sucesor de Orlando, figura patriarcal; Ascoli, Coviello, Lessona, Pacchioni y De Ruggiero, en el derecho civil, los cuales, abando-

Prólogo

nando la influencia francesa predominante hasta Giorgi, se orientaron, bajo la influencia scialoiana, hacia los estudios romanistas, de los cuales, los dos últimos, específicamente, provenían.

Por su lado, también en este tiempo, la escuela de derecho penal, formada por la figura tutelar de Carrara, en el modelo de proporción y de armonía que fué la escuela clásica, dirige sus pasos hacia el positivismo con las tres figuras liminares de Ferri, Lombroso y Garofalo. Del positivismo se sale con Florian, que anhela un regreso a la escuela clásica, y este movimiento habría de cumplirse, con su concepción del dogmatismo jurídico, en las obras de Manzini, de Luchini, de Arturo Rocco y de Massari, todos ellos eminentes procesalistas penales, y el último fuertemente influido por las ideas de Chiovenda.

A todo esto, no existe, ya a comienzos del siglo, ninguna rama del derecho en la cual Italia no tenga figuras esclarecidas. Sus revistas, como la 'Rivista di diritto commerciale', pueden contarse entre las mejores del mundo. Otras, como "Foro italiano", un precioso instrumento de cultura, en manos de la familia Scialoia, se viene transmitiendo de generación en generación. Sus universidades lanzan, cada año, oleadas de nuevos profesores. Sus prensas publican sin cesar libros cada día más admirables.

Es en este estado de cosas, que comienza un régimen político de todos conocido, que no necesita aquí alusiones más directas. Pero la magnitud de la obra docente era tal, que los errores de ese régimen nada pudieron contra ella. En las puertas de sus universidades se detenían, hasta los últimos momentos, los agentes del poder político. La producción continuó incesante. Y si bien en algunas ramas la influencia de la legislación política pudo hacerse sentir, lo cierto, lo absolutamente cierto, es que las universidades italianas continuaron su obra educadora, a pesar del régimen dominante.

La magnitud de ese esfuerzo se comprende bien si se tiene en cuenta que en esta enumeración sucinta de los nombres de comienzos del siglo y de los del tiempo inmediato posterior, más de un centenar de grandes figuras se ha omitido.

Esa escuela tuvo un singular destino. Surgida de la escuela francesa fué luego orientándose hacia la escuela alemana.

De la escuela francesa tuvo el sentido cartesiano del orden y de la deslumbradora claridad greco-latina. No hay un sólo maestro italiano que no haya sobresalido en estas singulares virtudes de su raza. Excelentes oradores y escritores, tuvieron, en primer término, como virtud excelsa, la de saber decir y escribir el derecho. Sus obras son verdaderos modelos del método y de la transparencia expositiva.

Pero de la escuela alemana, Italia tomó el rigor conceptual y la profundidad filosófica. Así, por ejemplo, cuando las Pandectas de Windscheid resultan traducidas al italiano y anotadas por Fadda y Bensa, las adiciones latinas por su profundidad y por su pureza dogmática, en nada desmerecieron del original alemán. No hay una sola de las ramas del derecho en la cual la escuela italiana no haya recibido del genio alemán su sentido profundo del derecho, su capacidad de abstracción y esa increíble facultad lógica de operar con conceptos como si fueran cosas tangibles y materiales.

Pero en tanto algunos escritores de Francia, por amor a la claridad, se pierden en la superficie de las cosas desentendiéndose, además, de lo que ocurre fuera de sus fronteras, y en tanto los de Alemania, por amor a la densidad, pierden el sentido de la realidad y de la proporción, Italia toma de unos y otros lo mejor de su genio. Toma de Francia la claridad y el método; toma de Alemania la exquisitez de los conceptos; y sin traicionar una sola de las adquisiciones del legado latino, al que permanece fiel en todo instante, supera a las dos escuelas en el período que separa a ambas guerras.

No era sin angustia que en los últimos años, los que amamos y admiramos el genio de Francia veíamos caer algunas de sus grandes figuras sin dejar un digno reemplazante en la augusta cátedra: Duguit, Hauriou, Planiol, Capitant, se llevaban consigo pedazos de una gloria cada día más lejana. La guerra detuvo, en los instantes mismos de su iniciación, un movimiento de labor jurídica largo tiempo esperado.

Prólogo

No era tampoco sin profunda tristeza que veíamos al nacional-socialismo abjurar de sus más grandes figuras en la ciencia del derecho. La cátedra con profesor y sin alumnos de Wenger en Munich, sólo podía rivalizar en amargura con la cátedra errante de Goldschmidt, trasladada de un horizonte a otro por quien la llevaba consigo, o con el penoso refugio de Kelsen, tratando de formar en Estados Unidos nuevos adeptos en medio de glacial indiferencia.

Entretanto Italia producía revistas, libros, cursos litografiados, en forma de avalancha. Sus universidades crearon, entre las dos guerras, material más que suficiente para educar un mundo.

»

Es a esa escuela a la que pertenece la de derecho procesal.

Aparentemente, el prestigio de esta escuela data de comienzos del siglo y, en particular, del momento (1924) en que la "Rivista di diritto processuale civile" hace su aparición. Pero quien aspire a observar las cosas con cierta perspectiva en el tiempo, comprenderá que ya en el siglo XIX están echadas las bases de la misma. Una obra como el "Comentario" del Código Sardo de Mancini, Pissanelli y Scialoia, constituye de por sí una admirable prueba de suficiencia. Esta obra difundida más tarde por Galdi, y hoy inexplicablemente olvidada, es una fuente inagotable de datos, de referencias de derecho clásico e intermedio, de confrontación con los otros textos europeos, de aguda exégesis del cuerpo legal. El "Diritto Giudiziario" y las "Istituzioni" de Mattiolo son obras que honran a su tiempo.

Es por esta razón por lo que cuando en 1899 aparece el "Comentario", rápidamente famoso, de Mortara, obra ésta que habría constituido un honor para cualquier cultura, ya estaban prontas las líneas para una nueva corriente científica llamada a superarla.

Es exacto que cuando Chiovenda publica en 1903 su estudio sobre la acción que es, como ha dicho Calamandrei, el manifiesto de una nueva escuela, la enseñanza alemana resulta extraordina-

riamente significativa. Pero no es menos cierto que el manejo de las fuentes latinas, el dominio absoluto del derecho intermedio y la notable fundamentación en los textos legales, apoyada en la exégesis de sus predecesores, hacen de ese ensayo el más italiano de todos los documentos de esta escuela. No es sin estricta justicia que, un cuarto de siglo después, en las adiciones a la edición de "Saggi" de 1930, Chiovenda acentúa que su construcción no tiene otro alcance que el de poner ese tema en el punto que históricamente le corresponde, junto a las fuentes del derecho romano y medioeval. Sus desarrollos contenidos en su anterior "Romanesimo e germanesimo nel processo civile" y en la notable conferencia posterior que pronunció en Bucarest en 1932 publicada bajo el título "L'idea romana nel processo civile moderno", constituyen una brillante demostración de su fidelidad a las tradiciones latinas.

Chiovenda publica en 1906 sus "Principii" que son el magno, aunque inconcluso, desenvolvimiento de su concepción sistemática. Este libro rompe con el pasado en su aspecto fundamental: en que no describe el proceso siguiéndolo en sus etapas (preparación, demanda, sustanciación, prueba, conclusión, sentencia, apelación; método éste del que, todavía nosotros en América, no hemos podido emanciparnos), sino que lo fundamenta a través de una ordenación lógica, superior a su mero sentido descriptivo: conceptos fundamentales, actuación de la ley favorable al actor y actuación de la misma favorable al demandado, presupuestos procesales y teoría de la relación procesal.

Es por eso por lo que, cuando Carnelutti, en 1920, comienza a publicar, en una edición litográfica, sus "Lezioni", ya la obra de Chiovenda ha dado sus frutos y este libro significa un paso adelante respecto de la obra del fundador de la escuela. En el caso particular de Carnelutti, que llegaba al derecho procesal como un inmigrante, pues su labor anterior, fuera de un denso estudio so-

Prólogo

bre la prueba, estaba constituida por contribuciones al derecho industrial, el aporte a la escuela era inapreciable. Se trataba, ya entonces, de un escritor de brillo fulgurante, de insólita potencia imaginativa y que, además, por razones de temperamento, ningún recelo tenía en romper con todas las tradiciones y extraer de su propio ingenio un nuevo sistema del derecho. Y esa proeza la cumplió en 1936 con la aparición del libro que acaba de publicarse en Buenos Aires, en una edición que honra a sus traductores y a su anotador. El "Sistema" de Carnelutti es un libro extraído de la inteligencia. El autor no cita sus fuentes, por la sencilla razón de que bien poco ha tenido que ver con ellas; no cita jurisprudencia, porque su libro está más allá de la jurisprudencia; no confronta su opinión con la opinión ajena, porque ésta muy pocas veces ha sido tomada en cuenta. Una increíble maquinaria de conceptos, poco conocidos y muchos inventados por el autor, ha sido montada. El magno interrogante de este libro consiste en que es tal su potencia imaginativa, que bien puede acontecer que la primorosa maquinaria sólo funcione cuando la maneje el autor. Fuera de esas manos cautas y seguras, el prodigioso mecanismo puede detenerse.

Sucedió así que cuando en 1942 apareció la versión española de sus "Istituzioni", apoyadas de nuevo sobre la realidad y destinadas a explicar descriptivamente, como en los buenos viejos tiempos, el código de 1940, los lectores que carecían de una preparación anterior, por no haberle seguido a lo largo de su trayectoria y de su copioso aporte a la "Rivista", tuvieron la sensación de que él semidiós abandonaba el reino de las nubes y volvía a posar sus plantas sobre la humilde tierra. Bien puede acontecer, por este motivo, que las "Istituzioni" brinden a su autor en el público de los abogados, ese público que marcha con el libro bajo el brazo para esgrimirlo en la lucha judicial, más gloria que la magna arquitectura del "Sistema".

Al lado de estos dos hombres excepcionales, el fundador y el innovador, está situado, en idéntico plano, Calamandrei.

Respecto a este escritor, se ha dado la increíble anomalía de que los lectores de habla española le conocían, hasta él día de la traducción de "Istituzioni", por un opúsculo de lucha, titulado "Demasiados abogados" y por una joya de gracia literaria: el "Elogio de los jueces". Éste conocimiento equivalía a juzgar a Donatello por las manos de su San Agustín, todo lo admirable que se quiera, pero, en fin de cuentas, sólo las manos de San Agustín.

Calamandrei es, antes que un procesalista, un hombre. Hoy Rector de la Universidad de Florencia, tiene la vocación del científico junto con la formación del humanista y la austeridad del ciudadano.

Sería injusto, frente a la inmensidad de las cosas que han pasado, no poner en primer término, esta última faceta de su personalidad. Calamandrei tendrá para su gloria la de haber sido uno de los pocos, si no el único, abogado de Italia que rehusó su inscripción en el Partido Fascista durante los últimos tiempos, en aquellos en que más fuerte era la presión política. Caído el partido dominante, fué designado Rector de la Universidad de Florencia. Reconquistada la ciudad. Calamandrei escribió una página de antología, difundida en los periódicos norteamericanos con el título "Florence fights for freedom". "Monumentos centenarios — dice — han caído, nuestros mejores hombres, jóvenes y viejos, han caído. Pero Florencia es ahora más grande y más joven que nunca. Acaso los florentinos no hayan comprendido la grandeza de su misión, la importancia del pacto que ellos habían sellado consigo mismos y con él mundo". La liberación de su ciudad, da a la figura de Calamandrei un relieve que su personalidad venía de largo tiempo atrás reclamando.

Es que éste es, sin duda, uno de los espíritus más singulares de nuestro tiempo. Humanista en su cultura, artista en su forma-

Prólogo

ción y en sus vocaciones, escritor refinado y excelso cuando las circunstancias lo exigen, es, sin embargo, por la vastedad de su saber, por la lógica de sus deducciones, por la sutileza de su disquisición, uno de los primeros juristas contemporáneos. Su gran obra inicial, escrita antes de la guerra anterior y publicada después de concluida la contienda, fué su monumental "Cassazione Civile". Entre esa obra y sus "Istituzioni", publicadas ya sobre el límite de esta guerra, sobre la base del nuevo Código italiano, media toda una vida dedicada a la ciencia del proceso civil. Son docenas de magníficas monografías, de las cuales ésta es sólo una unidad. Este libro no es mejor ni peor que tantos otros que Calamandrei ha escrito. Pero acaso se halle por encima de ellos en madurez reflexiva, en selección nobilísima del tema, en pureza de los conceptos, en sobriedad armoniosa del estilo docente.

La única razón por la cual el nombre de este maestro no ha alcanzado en América el renombre de muchos de sus colegas italianos, reside en que su amor a las cosas bien hechas, le ha exigido acumular todos sus esfuerzos en las monografías y no en uno o dos grandes tratados generales. Es que Calamandrei tiene lo que Péguy llamaba "la pitié de l'ouvrage bien faite". Cada una de esas monografías es un modelo de ajuste en las ideas y de escrúpulo informativo. Cualquier maestro, el más digno de todos, se sentiría orgulloso de poder suscribir uno de estos estudios. Desde el primero sobre "La chiamata in garanzia", de 1913, hasta el último de los llegados a nosotros sobre "La relatività del concetto di azione", en 1939. En cada uno de ellos está presente la integridad de sus potencias espirituales.

Calamandrei no es, como Chiovenda, un fundador, porque se honra en proclamarse discípulo y continuador de la obra de éste. Fiel al maestro en sus concepciones fundamentales, no halla, sin embargo, reparo en apartarse de él cuando sus convicciones se lo demandan. Pero Calamandrei ha dado prueba de su adhesión a Chiovenda cuando, en su principal libro de los últimos tiempos,

"Istituzioni", lo dice y lo reitera en palabras que no pueden ocultar la emoción. Ese fué, por lo demás, el mismo lenguaje que utilizara en un opúsculo que bajo el título "In memoria di Giuseppe Chiovenda" publicó con ocasión de la muerte de éste y que es un modelo de devoción, de fidelidad, de sincero amor a un maestro y de segura promesa contraída con su memoria.

La escuela a la que estas tres figuras pertenecen tiene, además, una pléyade de verdaderos maestros.

Bastaría evocar el nombre de cada uno de ellos para que ese nombre vaya asociado a uno o varios libros de calidad singular. Redenti, autor de una obra que se ha transformado en clásica sobre intervención de terceros en el proceso civil, brindó en los últimos años un ingenioso volumen de teoría general, en el que aspiró a conciliar las necesidades de la escuela con las del foro: "Profili pratici del diritto processuale civile". Emilio Betti, autor de un denso curso y notable romanista. Liebman, hoy en Sao Paulo, que se reveló como un escritor de primer orden en "L'opposizioni di merito nel processo di esecuzione" y que, poco antes de su salida de Italia, publicó su finísima "Efficacia ed autorità della sentenza", próxima a traducirse al español. Cristofolini, prematuramente muerto, Redactor en jefe de la "Rivista", y autor de estudios que, como "Efficacia della sentenza nel tempo", revelan una poderosa mentalidad. Segni, que ha escrito para el "Nuovo Digesto Italiano", el vocablo "Procedimiento civil" en términos que sólo un maestro en plena formación puede exponer. Zanzucchi y Rocco (U), autores de obras generales que en cualquier otro país serían consideradas de primer plano. Allorio, uno de los discípulos preferidos de Carnelutti, autor de varios trabajos de singular mérito. Virgilio Andrioli, autor de notables reseñas y de un libro sobre el concurso en la ejecución singular, recibido con todos los honores. Salvador Satta, el hijo pródigo de la escuela, que no ha emprendido aún los caminos del regreso, pero a quien no pueden negarse condiciones de laboriosidad e ingenio. Raselli, autor de dos

Prólogo

*excelentes volúmenes sobre poderes discrecionales del juez. Biondi, con valiosas contribuciones a la teoría del Ministerio Público. Hugo Paoli, un cultor del derecho griego clásico. Crocciani, un joven estudioso del derecho procesal anglo-americano. Micheli, también joven, asistente en Pavía, autor de una obra perfectamente concluida sobre la renuncia de los actos del juicio. Palermo, discípulo de Ugo Rocco, que en el año anterior a la guerra publicó una meritoria contribución a la teoría de los actos procesales. Ricca Barberis, profesor ya hace años en Turín, escritor de copiosa producción, consistente toda ella en estudios particulares y hasta en cuadros sinópticos, algunos reunidos en volúmenes de diversa orientación. Morelli, profesor en Nápolcs y autor del mejor tratado de derecho procesal internacional, al que le fuera discernido, ya declarada la guerra, el premio que lleva el nombre de Chiovenda. Jaeger, cultor del derecho del trabajo y autor de un buen libro sobre la reconven-
ción. Calogero, un filósofo llegado en los últimos tiempos al campo del proceso civil y autor de un delicado estudio sobre los deberes de veracidad, probidad y lealtad en el proceso civil. Y tantos y tantos otros cuya sola enunciación demandaría largas páginas.*

La guerra vino a interrumpir esta admirable disciplina de trabajo.

¿Qué quedará hoy de tanto esfuerzo? ¿Quiénes de todos estos maestros y jóvenes estudiosos han logrado sobrevivir a la contienda? ¿Quiénes han caído en ella o en los ardores de la guerra civil?

En momentos de escribirse estas líneas, ni una sola página ha llegado de Italia, posterior a la conflagración. Ese país es un vasto escenario, cuyo telón de boca cubre la realidad a nuestros ojos. Acaso falten pocas semanas para que ese telón se levante y aparezca ante nosotros el resultado de la tragedia. También aquí, como en la ficción, lo más grande pasa cuando el telón está caído.

Entretanto, saludemos cada libro de esta escuela como una demostración de lo que el genio latino contemporáneo ha brindado a la civilización. Las tres dramáticas aventuras de España, de Italia y de Francia, ponen en cuestión la vigencia misma de esta raza en el mundo que habrá de sobrevenir, luego de haber iluminado todos los caminos que condujeron a nuestro tiempo.

Estas páginas, escritas bajo la angustia de ciertas afirmaciones, que niegan a Italia el pan y la sal, creyendo que el fascismo arrasó con todo y nada dejó en pie de la cultura milenaria, son un sincero tributo de admiración y de afecto.

Quien las ha escrito recibió, desde los primeros instantes de su formación, las expresiones de la cultura francesa, a la que por ley de la sangre y del espíritu debe fidelidad por todos los días de su vida. Pero debe a la escuela italiana <¡le derecho procesal un nuevo rumbo en su afán de modesto obrero del derecho. En ella aprendió lo que considera más valioso de su labor científica. Allí también adquirió la posibilidad de su acceso al inmenso mundo de la cultura alemana, tan excepcional y tan grande que ni los tremendos errores de su historia pueden borrar. En las páginas de sus maestros pudo percibir el derecho en una medida de profundidad que las aulas universitarias no le habían deparado. El método, la obsesión de la claridad, la necesidad de hacer las cosas totalmente transparentes merced a un incesante esfuerzo de depuración, excelsa virtud de la inteligencia grecolatina, tuvieron en esos libros una admirable interpretación que no será nunca olvidada.

No es, pues, sin cierta emoción y recogimiento que han sido escritas estas páginas iniciales. Cuanto pudiera haber en ellas de excesivo o de injusto, puede justificarse con las mismas palabras que el creador inmortal utilizaba para pedir indulgencia al Virgilio: "vagliami il lungo studio e il grande amare".

EDUARDO J. COUTURE.

ADVERTENCIA

La carencia, en nuestra literatura, de trabajos sobre los principios generales de la tutela cautelar, que agoten la materia, ha sido el motivo que, primordialmente, me ha inducido a publicar este volumen, el cual contiene la introducción a un curso sobre las providencias cautelares explicado durante el año pasado a los estudiantes del segundo bienio de esta Facultad Jurídica.

Si, una vez superada en la ciencia la concepción según la cual iurisdictio in sola notione consistit, los procesalistas, en estos últimos años, han ampliado, con provechoso resultado, su campo de investigación a la teoría de la ejecución forzada, no puede decirse lo mismo en cuanto a la materia cautelar, la sistematización de la cual está todavía en gran parte por hacer, no tanto en lo que se refiere al estudio de los institutos cautelares de carácter singular, sobre los cuales, y especialmente sobre el secuestro, existen monografías muy apreciables, cuanto en lo que afecta a la elaboración de una teoría general de estos institutos, respecto de la cual en el vacío casi absoluto de estudios monográficos que ha durado cerca de treinta años (de un artículo de DIANA, que es de 1909, a uno de ALLOBIO, aparecido mientras corrijo las pruebas de este volumen), las orientaciones sólo pueden buscarse en la enseñanza, también en este aspecto fundamental, de los principios y de las instituciones de CHIOVENDA, y en algún brate genial de las lecciones de CABNELUTTI.

Estas páginas mías tienen, pues, principalmente el objeto de llamar la atención de los estudiosos, y especialmente de los jóvenes, sobre una región del derecho procesal que hasta ahora ha permanecido en la sombra, y que es extraordinariamente fecunda (como lo han puesto de manifiesto los ejercicios sobre casos jurisprudenciales, por los cuales ha sido acompañado en las clases el desarrollo de este curso) en problemas prácticos insospechados, a la solución de los cuales no puede

dedicarte de una manera teria quien no te encuentre sólidamente preparado en ti campo de la teoría.

Sin disimular tu origen didáctico, antet al contrario, declarándolo en el propio título (lo que explica la insistencia sobre conceptos elementales, lot frecuentes ejemplos y la reducción del aparato bibliográfico al mínimo indispensable), este libro habrá alcanzado su finalidad plenamente ti consigue suscitar en algún lector el deseo de estudiar de nuevo los temas enunciados aquí sumariamente en forma de relación o programa y de profundizar en ellos; por este motivo no podía encontrar lugar más adecuado que en la Colección dirigida por mi, que ha nacido en la' escuela y vive para ella constituyendo el testimonio de un esfuerzo continuado en común, en el que, más que maestros y discípulos, existen colaboradores, cuya contribución individual no aspira a otra cosa que a constituir un peldaño que sirva para que otros puedan llegar más arriba. Una demostración de que la esperanza mía no quedará defraudada, la constituirá, en esta misma Colección el volumen, ya anunciado, sobre la teoría de las providencias cautelares, debido al ingenio vivo de ALEJANDRO PEKELIS.

Firenze, Universidad, octubre de 1935.

INDICE SISTEMATICO *

	PAO-
PROLOGO.....	9
ADVERTENCIA.....	23
CAPITULO I CHITEMOS PARA LA DEFINICIÓN ra LAS PROVIDENCIAS CAUTE-	
LASES.....	29
1. Providencia, acción, proceso cautelar; posibles criterios para dis-	
tinguir las providencias cautelares de las otras providencias.....	31
2. Cognición y ejecución; posición de las providencias cautelares fren-	
te a esta división.....	34
3. La <i>provisoriedad</i> como carácter distintivo de las providencias cau-	
telares.....	35
4. Sentido en que se llama provisorias a las providencias sumarias ..	38
5. Sentido en que se llama provisorias a las providencias cautelares	39
6. a) provisoriedad y función preventiva.....	40
7. b) provisoriedad y urgencia.....	40
8. c) <i>perieuh</i> » m <i>mora</i>	42
9. La <i>imirumentalidad</i> como carácter típico de las providencias	
cautelares.....	44
10. Terminología: «) providencias <i>cautelares</i> y providencias <i>prin-</i>	
<i>cipales</i>	45
11. b) providencias cautelares <i>conservativa</i> * e <i>innovativas</i>	48
CAPITULO II. CLASIFICACIÓN ra LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES.....	51
12. a) Providencias instruitorias anticipadas.....	63
13. b) Providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada	56
14. c) Anticipación de providencias decisorias.....	58
15. De la ejecución provisorio en particular.....	61
16. d) Las <i>cauciones</i> procesales.....	63
17. Sobre la posibilidad de providencias cautelares diversas de las	
expresamente previstas por la ley (<i>poder cautelar general</i>).....	65
CAPITULO III. CARACTERES ra LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES.....	69
18. Dos tipos de <i>priculum in mora</i> : peligro de infructuosidad y pe-	
ligro de tardanza de la providencia principal.....	71
19. Previsión de los efectos de la providencia principal que consti-	
tuye la base de la providencia cautelar (instrumentalidad <i>hipo-</i>	
<i>tética</i>).....	74
20. Cognición cautelar; tu objeto.....	76
(*) Véase el Índice alfabético al final de este volumen.	

	PAG.
SI. X) «obre la apariencia del derecho.	77
22. II) «obre el peligro: o) en vía ordinaria '.....	78
23. b) primero en ría tomaría j después en ría ordinaria.	79
24. e) solamente en vía samaría.	81
25. Consecuencia» de la naturaleza hipotética de las providencia* cau- telares sobre la responsabilidad de quien recurre.	83
26. Las providencias cautelares como providencias de cognición: va- rios tipos.	85
27. Las providencias cautelares en relación a la autoridad de la cosa juzgada: a) variabilidad.	89
28. b) extinción a término.	91
29. Ejecución cautelar.	95
CAPITULO IV. DIRABCNCIAS INTBZ PSOVTDXNCIAS CAUTELARES K INSTITU- TOS AJINES.	
30. Acciones posesorias: Se excluye su pretendido carácter cautelar	101
31. La llamada "provisional"; significados de esta expresión.	104
32. Examen de las disposiciones contenidas sobre esta materia en nuestro derecho positivo: provisional en materia de alimentos y de juicio de resarcimiento.	106
33. La "provisional" en las controversias de trabajo.	108
34. Conclusiones.	109
35. Diferencia entre providencias cautelares y providencias ejecu- tivas con función conservativa.	111
36. Examen casuístico.	114
37. Car&cter cautelar de la sentencia declarativa de quiebra.	116
38. Providencias sobre derechos cautelares preconstituidos.	141
39. La acción revocatoria.	125
40. Transcripción con finalidad eautelar.	127
41. La hipoteca judicial.	128
42. La condena "genérica" a los dallos.	130
CAPITULO V. CONCLUSIONES.	
43. a) Las providencias cautelares en sus Telaeiones con la cognición y con la ejecución.	135
44. b) Las providencias cautelares en ros relaciones con las provi- dencias sumarias '.	136
45. o) Las providencias cautelares como instrumentos para el mejor funcionamiento de la justicia.	137
46. Deficiencias del sistema cautelar en el derecho positivo italiano	140
APENDICES.	145
APENDICE PRIMERO. — LA CONDENA "GENÉRICA" A LOS DASOS.	
1. Separación consuetudinaria del jnicio de daños en dos fases: razones pr&eticas de ello.	149
2. Su desarrollo en la jurisprudencia.	190
8. Jurisprudencia de la Corte Suprema: la condena "genérica" a loa daños.	168
4. La distinción de las dos fases, como separación de decisiones sobre cuestiones diversas.	196

PAO.

5. Deseperabil&MÍ lógica de? juicio «obre 1* existencia j el juicio •obre la castidad del dafto.	157
f. Distinción entre dafto genérico 7 dafto específico en la jurisprudencia: principios establecidos «a materia de fallo y de prueba	160
7. Investigación de verosimilitud e investigación de verdad «obre la •tama cuestión.	162
8. La llamada «ondea* "genérica" es una sentencia de declaración de mera cortesa.	164
9. Crítica a la opinión de Tassalli, que la «tarífica entra las conde- nas condicionales.	167
10. Casos de cognición ds verosimilitud con finalidad cautelar.	170
11. Finalidad cautelar de la condena genérica a los daños.	172
12. Aplicaciones_____	176

APENDICE SEGUNDO. — LA «KTKHCIA DECLARATIVA BE QOJIBSA COMO

paovomrcu CAUTELA*	181
1. Ocasión del presente escrito.	182
2. Opinión de Candian acere* de la naturales» cautelar de la sen- tencia declarativa_____	181
8. Premisas sistemáticas; a) relaciones entre proeeso y providencia	187
4. 6) posición sistemática de ta-» providencias cautelares.	191
5. La sentencia declarativa como providencia de cognición.	192
6. Refutación de 1& opinión contraria de Camelutti_____	190
7. La sentencia declarativa como providencia "objetivamente com- pleja"_____	200
8. Efectos ejecutivos de la declaración de quiebm	202
9. Refutación de las opiniones que atribuyen a tales efectos natu- raleza satisfactiva: a) de Carnelutti_____	203
10. b) de Andrioli_____	205
11. La sentencia declarativa como providencia cautelar.	208
12. 13. Demostración y conclusiones.	216

IMWCS ALFABÉTICO_____	219
-----------------------	-----

CAPITULO I

**GRITERIO PARA LA DEFINICION DE LAS
PROVIDENCIAS CAUTELARES**

SUMARIO — 1. Providencia, acción, proceso cautelar; posibles criterios para distinguir las providencias cautelares de las otras providencias. — 2. Cognición y ejecución; posición de las providencias cautelares frente a esta división. — 3. La *provisoriedad* como carácter distintivo de las providencias cautelares. — 4. Sentido en que se llama provisorias a las providencias sumarias. — 5. Sentido en que se llama provisorias a las providencias cautelares: — 6. o) provisoriedad y función preventiva; — 7. 6) provisoriedad y urgencia; — 8. e) *periculum* «* *mora*. — 9. La *intrumentalidad* como carácter típico de las providencias cautelares. — 10. Terminología: a) providencias *cautelare** y providencias *principales*; — 11. b) providencias cautelares *conservativa*» e *innovativa**.

1. — Nuestra ley no contiene una regulación general de las providencias del juez que, calificadas de manera diversa en numerosas disposiciones diseminadas en los Códigos, se hallan designadas de manera global en los arts. 389 del Código de Procedimiento Civil y 39 del Beai Decreto de 31 de agosto de 1901, como "providencias conservatorias o interinas"; en cambio, la doctrina ha tratado de estudiarlas formando una categoría sistemática, bien bajo el perfil de la acción (*acción asegurativa o cautelar*) que se dirige a la emanación de una de estas providencias¹, bien bajo el perfil del proceso (*proceso cautelar*), a través del cual se construye una de estas providencias², o bien finalmente, bajo el perfil de la providencia en si misma (*providencia cautelar*), que se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales³.

1. Véase CHIOVENDA, *Principii*, (4ª ed.), { 9; *Istituzioni*, I, (2ª ed.), | 11. Bajo este perfil se encuentra un amplio estudio sobre las acciones asegurativas (*Sicherungsaufträge*) en POLLAX, *System des österr. Zivilprozetts*, 2ª ed., Wien, 1930, I, | 8; véase también sobre las *Arreritlagen*, STEN-JONAS, Z. P. O., 14ª ed., I, pág. 675.

2. CABNELÜTTI, *Lezioni*, II, n. 80; *Carattere della tentenza di fallimento*, en *Siv. dir. proc. civ.*, 1931, II, págs. 159 y siguientes.

3. DIANA, *Le misure conservative interinali*, en *Studi senesi*, XXVI (1909), págs. 210 y sigs. Del reciente trabajo de ALLOKIO, *Per «ta norione del pro-cetto cautelare* (separado de la *Siv. dir. proc. civ.*, 1935, I), según el cual las providencias cautelares no constituyen una categoría autónoma bajo el aspecto procesal, sino únicamente bajo el aspecto *tutancial* (en cuanto son la declaración

De estos tres puntos de vista, prefiero el tercero, pues me parece que toda clasificación de las acciones que se funde en la diversa naturaleza de la providencia judicial a que tiende la acción⁴, lo mismo que toda clasificación de los procesos que se funde en los fines que las partes se proponen alcanzar a través de las providencias a que el proceso se dirige¹, se resuelve en realidad en una clasificación de los varios tipos de providencias, respecto de las cuales los varios tipos de acción o de proceso no son más que un accesorio y una premisa.

Por mi parte, no veo la necesidad de sustituir la terminología corriente, que habla de *función jurisdiccional* como comprensiva de la cognición y de la ejecución forzada, por la expresión "*función procesal*", puesto que el proceso, entendido como serie de actos preparatorios que conducen al acto jurisdiccional, no tiene en sí otra función que la de preparar, precisamente, la providencia del juez, a través de la cual (y no a través de los actos del proceso) se explica la función jurisdiccional, con efectos diversos según la naturaleza de la providencia. Se puede, efectivamente, hacer una clasificación de los procesos, considerados en sí mismos e independientemente de los efectos sustanciales producidos por la providencia a que tienden, cuando se toma como base el criterio estrictamente *formal*, referido a la figura externa que pueden asumir, por el modo de expresión y por el orden según el cual están dispuestas en serie las varias actividades de que el proceso se compone (proceso oral y proceso escrito; proceso ordinario y proceso sumario, etc.); pero cuando se quiere basar la clasificación de los procesos sobre los diversos efectos sustanciales que pueden derivar del acto jurisdiccional (proceso de certeza, proceso de condena, proceso cautelar, etc.) me parece que se cae inadvertidamente en el defecto lógico que, en un tiempo, los retóricos enumeraban entre las figuras del discurso y que consiste en atribuir al continente la cualidad del contenido. Así, pues, el objeto central del estudio que sigue será no el "proceso cautelar" sino la "providencia cautelar"; debido a que, como se verá, el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado (veremos, por ejemplo, que, según los casos, el proceso que tiende a una providencia cautelar, puede ser ordinario o sumario).

de IB certeza o de la ejecución de nn preexistente *derecho subjetivo nutanoiai de cautela*), hablaré en breve.

4. Véase CIOVINDA, *Ittiturioni*, I, n. 10, B.

0. CARNILUTTI, *Letioni*, II, ns. 6® j sigs.

Por análogas consideraciones, me parece que la noción de "providencia cautelar" debe ser preferida, como objeto de nuestra investigación, a la de "acción cautelar": no sólo porque, concibiéndose la acción como el poder de provocar un acto jurisdiccional con determinados efectos, es el contenido de la providencia jurisdiccional el que puede servir para definir los varios tipos de acción ⁷ no viceversa; sino también porque si se presentasen casos (⁷ precisamente en el curso de este libro nos encontraremos con uno típico) en los que existiese una providencia a la que no correspondiera una acción (***jurisdicción sin acción***), ésto« no podrían encontrar adecuada colocación sistemática en una clasificación que se limitase a encuadrar los varios tipos de providencia jurisdiccional en el campo de los varios tipos de acciones.

Se trata, por tanto, de establecer cuáles son los caracteres diferenciales en virtud de los que las providencias cautelares se distinguen de todas las otras providencias jurisdiccionales: a la investigación de tales caracteres está precisamente dedicado el presente estudio.

Conviene empezar advirtiéndolo que inútilmente buscaría un firme carácter difetenciador de las providencias cautelares quien fijara como base de su investigación el criterio ***subjetivo*** o el criterio ***formal***: no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar la naturaleza cautelar de la providencia de la naturaleza del sujeto que la emana; como tampoco existe una forma típica por la cual se puedan distinguir exteriormente las providencias cautelares de las otras providencias del juez. La tutela cautelar está confiada en nuestro ordenamiento a los mismos órganos judiciales a los que se demanda la tutela ordinaria declarativa o ejecutiva; tampoco por la forma se distingue la sentencia que ordena un secuestro judicial de las otras sentencias, ni la dación de posesión que se lleva a cabo en ejecución de aquélla se distingue de la que se practica en el procedimiento ejecutivo por liberación de bienes*.

Podría creerse, pues, que el único criterio del que se pueda esperar una verdadera diferenciación sea el ***sustancial***, que hace relación al ***contenido*** de la providencia, o sea, a sus ***efectos jurídicos***. Pero también la insuficiencia de éste se observa a primera vista; ^{7a} que si nos ponemos a analizar los efectos que las varias providencias cautelares pueden determinar sobre la relación sustancial a que se refieren, es fácil ver que estos efectos no son ***cualitativamente*** diversos de los que son propios de las otrts providencias de cognición o de ejecución:

6. Véase CABNELUTTI, *IseeuiUme*, XI, pfcg. 18.

efectos meramente declarativos o constitutivos, según los casos, pero en general no diversos por la **cualidad** de los que pueden derivar de las ordinarias providencias de cognición; o bien efectos ejecutivos, de cualidad absolutamente semejante a la de las providencias a través de las cuales se realiza la ejecución forzada.

2. — Estas primeras consideraciones bastan para permitirnos comprender el origen de la falta de certeza dentro de la que se ha debatido siempre la doctrina, desde la más antigua a la más nueva, cuando ha tratado de dar a las providencias cautelares una colocación dentro del sistema del proceso civil: partiendo de la gran división que distingue en la función jurisdiccional la cognición de la ejecución, las providencias cautelares han sido consideradas durante largo tiempo, especialmente por la doctrina alemana, como un apéndice de la ejecución forzada⁷; y aun cuando, para reaccionar contra esta servidumbre, se ha puesto de relieve que en algunas providencias cautelares, o en una fase de ellas, se encuentran con toda evidencia los caracteres de la cognición y no los de la ejecución forzada, esta observación, más bien que a la conquista de un criterio seguro para dar a las mismas una colocación sistemática autónoma, ha llevado simplemente a anexar una parte de la materia cautelar al proceso de cognición; de manera que toda tentativa de clasificación de las providencias cautelares, apoyada sobre esta base, se ha resuelto, en sustancia — mientras su sistematización se ha buscado sobre el mismo plano lógico en que la cognición se contrapone a la ejecución — en una división y reabsorción entre los dos vastos territorios lindantes⁸.

Para escapar de este callejón sin salida, es preciso comenzar por entender en su justo sentido la enseñanza según la cual "la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución"⁹. En esta división tripartita, que con toda exactitud pone en claro la existencia de una función cautelar ("conservación") como forma autónoma de tutela, no se dice, sin embargo, que

7. Véase las citas que hace DIANA en el escrito indicado, p&g. 221; especialmente este criterio de sistematización es visible, comenzando por el título, en el trabajo de GÜTHE, *Voraussetzungen und Inhalt der antizipierten Zwangsvollstreckung* (en *Z. f. deuts. Civilpr.*, XXIV, pág. 346 y siga.), y lo sigue en todo momento la doctrina alemana aun la más reciente: véase OERTMANN, en HELLWIG, *System II*, § 347; KOSENBERG, *Lehrbuch*, 3ª ed., § 217 y sigs.

8. Justamente observa CARNEMJTTI, en *Biv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p&g. 339 (*Indice bibliográfico*, sobre BLOMEYER) que "esta especie de desvalorización del proceso cautelar es casi un lugar común de la doctrina alemana".

9. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 30.

el criterio 8 base del cual se diferencian las providencias cautelares de todas las otras providencias sea **homogéneo** con el criterio en virtud del cual las providencias de cognición se diferencian de las de ejecución; y ocurre, por el contrario, que las providencias cautelares pueden tener, según los casos, efectos declarativos o ejecutivos (y entrar por esto en uno de los otros dos grupos de la división), o viceversa, ciertas providencias de cognición o de ejecución pueden, cuando se consideran bajo el ángulo visual de su objeto, estar comprendidas en el grupo de las providencias cautelar.

La verdad, observada hace muchos años por **AUFFKDO Rocco**¹⁰ y profundizada recientemente por **CARNELUTTI**¹¹, es ésta: que el criterio que sirve para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución es diverso del que sirve para distinguir las providencias cautelares (de cognición o de ejecución) de todas las otras providencias (de cognición o de ejecución) las cuales, dada la dificultad, que trataremos de superar más adelante, de encontrar una calificación positiva exactamente contrapuesta, se pueden por ahora designar negativamente con la expresión, poco comprometedora, de "no cautelares". Estos dos criterios de clasificación, que están situados, podríamos decir, sobre dos diversas dimensiones, pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única: el grupo de las providencias cautelares admite la división en los dos subgrupos de las **providencias cautelares de cognición** (por ejemplo, el decreto que concede el secuestro conservativo, o la sentencia que lo convalida) y de las **providencias cautelares de ejecución** (por ejemplo, la ejecución del secuestro conservativo: art. 930 del Código de Procedimiento Civil); como viceversa, los dos grupos de providencias declarativas y ejecutivas pueden cada uno dividirse en dos subgrupos, según que tengan o no finalidad cautelar (**providencias declarativas cautelares y no cautelares; providencias ejecutivas cautelares y no cautelares**)¹². Cabe, por tanto, hablar de una **cognición cautelar**, contrapuesta a la ordinaria; de un título **ejecutivo cautelar** y de una **ejecución cautelar**¹³ distinta de la ejecución forzada ordinaria; y así sucesivamente.

3. — 4 Cuál es, pues, el criterio (diverso de aquel por el cual las providencias de cognición se distinguen de las de ejecución) que sirve

10. *II fallimento*, (Torino 1917), pág. 78 en nota.

11. Especialmente en *Siv. dir. proc. civ.*, 1931, II, págs. 159 y sig. ya citado.

12. Véase **CARNELUTTI**, escrito citado, pág. 165.

13. **CARNELUTTI**, *Esecuzione*, I, pág. 246; II, pág. 17.

para diferenciar las providencias cautelares de todas las otras providencias jurisdiccionales^f

La opinión mis extendida, dentro de la cual se encuentran nuestros procesalistas más autorizados, es la que ve un carácter constante¹⁴ o, en absoluto, un carácter distintivo¹⁸ de las providencias cautelares en su **provisoriedad**, o sea en la **limitación • de la duración** de los efectos (declarativos o ejecutivos) propios de estas providencias. Las mismas difieren, según esta opinión, de todas las otras providencias jurisdiccionales no por la **cualidad** de sus efectos, sino por una cierta **limitación en el tiempo** de los efectos mismos; este carácter aflora también en el derecho positivo, cuando, en los artículos antes recordados, se habla en general de providencias "interinas", o en otras disposiciones de providencias "temporales" (arts. 572, 808, 839 del Cód. de Proc. Civ.; art. 871 del Cód. de Com.).

Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de **provisoriedad** (y lo mismo el que coincide con él, de **interinidad**) es un poco diverso, y más restringido, que el de **temporalidad**. **Temporal** es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: **provisorio** es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante **el tiempo intermedio**^{ie}. En este sentido, **provisorio** equivale a **interino**; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo **intermedio** que precede al evento esperado.

Teniendo presentes estas distinciones de terminología, la cualidad de **provisoria** dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración **temporal** (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice, con la cláusula **rebus sic stantibus**, de las cuales pueden nacer efectos dispositivos o negociales destinados a durar mientras permanezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación

14. CHIOVMÍDA, *Istitusñemi*, I, § 11.

15. CABNELUTTI, en el escrito antes citado, ve el carácter distintivo de las providencias cautelares "en la composición provisorio, en lugar de definitiva, de la litis".

16. En el vocabulario de RIGUTINI, la diferencia entre los dos conceptos se indica así: **Temporal** "que es por tiempo, no perpetuo"; **provisorio** "dieese de cosa hecha en forma de provisión y por tiempo, hasta que pueda hacerse otra estable y duradera".

sustancial, o en absoluto destinadas a valer solamente por un cierto tiempo, preestablecido por el juez o por la ley, como ocurre típicamente, por ejemplo, en el caso previsto por el art. 16 de la Ley de 3 de abril de 1926, n. 563), sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación **de otra providencia jurisdiccional**, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de **cautelar** dada a la primera, con la calificación de **definitiva**. La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera.

Pero tampoco esta provisoriedad, entendida como expresión de la relación cronológica que existe entre las dos providencias, parece suficiente para ofrecer la diferencia específica de las providencias cautelares; esa provisoriedad, en efecto, no es un carácter exclusivo de las providencias cautelares, en cuanto el mismo carácter **provisorio** se encuentra en otro grupo de providencias **no cautelares**, esto es, en el grupo que **CHIOVENDA** denomina en su sistema "declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva", y que él mismo define, en oposición a las medidas cautelares, "medidas **también provisionarias** que al juez le está permitido dictar o en vista de la particular certeza del derecho o dé su naturaleza especial"¹⁷. Basta esta observación para hacer comprender que, así como no se pueden considerar, en general, cautelares todas las providencias provisionarias (ya que se tiene todo un grupo de providencias que son **provisionarias sin ser cautelares**), sería inexacto calificar como **definitivas** todas las providencias no cautelares (ya que se tiene todo un grupo de providencias **no cautelares, que no son definitivas**). La mejor demostración se encuentra en el propio derecho positivo, en el que se habla de "sentencia **provisoria** de condena" (art. 65 de la ley cambiaria de 14 de diciembre de 1933, n. 1669) y de "**provisoria** ejecución de la sentencia" (art. 363 n. 1 del Cód. de Proc. Civ.) en casos que, según la doctrina unánime, no tienen cabida en el grupo de las medidas cautelares.

Dado, pues, que el carácter de provisoriedad, ligado, como se ha visto, a una cierta relación cronológica que existe entre las dos provi-

17. *Principii*, pág. 226, nota 1; *Ist.*, I, pág. 249.

18. Véase en lo que se refiere a la provisionaria ejecución, **CHIOVENDA**, *Itt.*, I, pág. 217.

denciaa jurisdiccionales, se encuentra aparentemente tanto en el grupo de las providencias cautelares cuanto en el de las llamadas "declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva", es necesario analizar más a fondo la naturaleza que en cada uno de los grupos asume aquella relación; y cuando hayamos llegado, a través de tal análisis, a darnos cuenta de que la noción de **provisoriedad** es utilizada en cuanto a los dos grupos en dos sentidos profundamente diversos, podremos percibir más exactamente en qué sentido se pueden considerar provisorias las providencias cautelares, o sea en qué sentido **la provisoriedad se puede considerar como nota específica distintiva de este grupo de providencias.**

4.— La provisoriedad de las llamadas "declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva" es un contrapeso y una atenuación de la **sumariedad** del procedimiento de cognición, a través del cual se emanan estas providencias, esto es, un carácter estrechamente conexo con el **modo de formación de la providencia.**

En ciertos casos en que la demanda se funda en medios probatorios particularmente atendibles, o en que la simplicidad o la escasa trascendencia económica de la relación hacen considerar como improbable la existencia a favor del demandado de serias razones para oponerse a la demanda, la ley permite que el actor, para conseguir los efectos de la providencia jurisdiccional, recorra, en vez del largo y dispendioso camino de la cognición ordinaria, el atajo de la cognición sumaria, que llega a la misma meta (título ejecutivo), con mayor celeridad y simplicidad, eliminando o limitando, o conteniendo en un solo grado, la contradicción del demandado. Esta aparente reducción del derecho de defensa del demandado, encuentra su justificación en el carácter particularmente atendible de las pruebas o en la naturaleza especial de la relación controvertida consideración a la cual se puede estimar que en la mayor parte de los casos la cognición ordinaria con plenitud de contradicción no habría dado resultados diversos de los que, con rapidez y economía, el actor ha podido alcanzar a través de la cognición sumaria; pero como este cálculo de probabilidades podría resultar equivocado en el caso concreto, los efectos de la providencia creada a través de este procedimiento abreviado nacen como provisorios, en cuanto, aun siendo cualitativamente semejantes a los que el actor habría podido conseguir a través del juicio ordinario, están sujetos a

19. Véase CHIOVENDA, *Int.*, I, p&g. 249.

cesar de conformidad con el resultado de una ulterior fase procesal, «n la cual, de ordinario a iniciativa del demandado, el juez puede ser llamado a examinar en juicio contradictorio, con la plenitud de investigación que es propia de la cognición ordinaria, la misma relación que en un primer momento había sido objeto de un examen limitado y superficial.

Aquí, pues, la provisoriedad de la primera providencia (*sumaria*) nace de la posibilidad de una ulterior providencia (*definitiva*), que puede eventualmente sobrevenir para anular o para modificar los efectos de la primera. Pero, en la mayor parte de los casos, esta posibilidad no se verifica (o, en general, el legislador calcula que no se verificará); y, si permanece inactiva la parte interesada en provocar la cognición ordinaria, **la providencia provisoria se consolida y se convierte en definitiva**. Así, en este grupo de declaraciones sumarias de certeza se especula por anticipado, como ha dicho categóricamente SCHMIDT, al tratar del procedimiento monitorio²⁰, sobre la falta o sobre la infructuosidad de la fase ulterior reservada a la cognición ordinaria: ésta puede existir, pero es normal y fisiológico que no exista, o que no modifique los resultados de la cognición sumaria. La providencia provisoria, en este caso, no se produce en espera de la providencia definitiva; sino más bien, **en espera de la falta de la misma**. El actor, cuando opta por seguir la vía más corta, en lugar de la más larga pero más segura, lo hace a propio riesgo; intenta llegar a la providencia definitiva sin las dilaciones del procedimiento ordinario; y si la tentativa le da resultado, la originaria provisoriedad de la providencia sumaria desaparece apenas cesa la posibilidad de un ulterior examen del mérito en sede ordinaria. La providencia sumaria es, pues, **una providencia provisoria que aspira a convertirse en definitiva**; nace provisoria, pero con la esperanza de perder en un determinado momento este carácter de provisoriedad, y de convertirse así, lo mismo que si hubiera tenido su origen en el proceso ordinario, en la providencia que define irrevocablemente el mérito.

5. — La provisoriedad de las providencias cautelares no tiene, en cambio, conexión con el modo de formación de la providencia. Aun cuando la concesión de una medida cautelar esté basada en la cognición ordinaria, no por esto los efectos cautelares cesan de ser provisorios ni

20. *Lehrbuch*, § 93; véase mi volumen *II procedimento monitorio nella legislazione italiana* (Milano, 1926), pág. 29.

aspiran a transformarse en efectos definitivos del mérito. La providencia cautelar tiene efectos provisionarios no porque (o no necesariamente porque) la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, ir acompañada de una menor estabilidad de efectos, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, **por su naturaleza**, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia. Si la provisoriedad de las declaraciones sumarias de certeza guarda relación con la formación de la providencia, la de las medidas cautelares guarda relación con el objeto, o, podría decirse, con la finalidad de la providencia⁴¹. La providencia sumaria es provisional en la formación, pero definitiva en la finalidad; la cautelar, aun en los casos en que se forme a través de una cognición ordinaria, es provisoria **en el fin**.

Para comprender esta diferencia es preciso elevarse a lo que constituye el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares: este interés surge siempre de la **existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*)**. Sobre este concepto del ***periculum in mora*** es oportuno detenerse con alguna insistencia, porque en él está acaso la clave para alcanzar una definición de las providencias cautelares que agote el concepto.

6. — a) En primer término, no debe identificarse el ***periculum in mora***, que es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, con el peligro genérico de daño jurídico en vista del cual, en ciertos casos, la tutela jurisdiccional ordinaria puede asumir carácter preventivo.

Es preciso no establecer confusión entre tutela **preventiva** y tutela **cautelar**: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar **a posteriori** el daño producido por la lesión de un derecho, funciona **a priori** con la finalidad de evitar el daño

21. CHIOVINBA, *Principii*, pág. 226, e *Jst.*, I, pág. 251: "la acción asegurativa es, pues, **por sí misma una acción provisoria**".

que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos, en contraposición a la tutela sucesiva o *represiva*, de tutela jurisdiccional *preventiva*^M, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del *peligro de un daño jurídico*: el caso más notorio de este tipo de juicios preventivos se tiene en la figura de la *condena en futuro*, admitida también en nuestro derecho²³; pero el ejemplo no es único (véase, también, n.º 24).

Es estos casos de tutela preventiva no estamos, sin embargo, todavía en el campo de la tutela cautelar; en efecto, si se prescinde del momento del interés (que nace aquí del peligro en lugar de nacer de la lesión del derecho), nos encontramos todavía frente a casos de tutela ordinaria, con efectos definitivos²⁴.

7. — b) Para aproximarse a una noción clara del *periculum in mora* es preciso dar otro paso: no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la eminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de *urgencia*, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría, el daño ya ocurrido; de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada ó disminuida. La expresión de "providencias de *urgencia*" se encuentra varias veces en nuestro derecho (véanse los arts. 182 y 275 del Cód. de Proc. Civ.; art. 153 del Cód. de Comercio, etc.), para indicar precisamente aquellos casos en que la providencia jurisdiccional, si se quiere que alcance prácticamente su objeto, debe ser dictada *sin retardo*. Es necesario, por otra parte, advertir que tampoco la noción de ^providencia *preventiva de urgencia* comprende exactamente la de providencia *cautelar*: bien porque, como tendremos ocasión de ver en seguida, pueden existir procedimientos y providencias de urgencia que no tengan carácter cautelar (así las providencias de urgencia en materia posesoria; véase

22. Véase CONIQUJO, *II tequcsiro giudiziarlo e conservativo*, (Torino, 1928), p&gs. 207 y sigs.

23. CHIOVFNDA, *luí.*, I, n. 48.

24. Tal es el caso de la sentencia en la que se ordena la *separación de la dote*, cuando la mujer esté "en peligro de perderla" (art. 1418 del Cód. Civ.); ésta no es una providencia cautelar (en contra, ALLORIO, escrito citado, nota 1, pág. 16-17), sino una providencia definitiva *preventiva*; lo que ®e acaba de deciT #• aplicable & la, providencia, de separación de bienes de que trata el art. 1442 del Código Civil.

el 11. 30); bien porque a las exigencias de urgencia responde muchas veces, en lugar de la emanación de una providencia provisoria cautelar, una reducción del proceso ordinario de cognición o de ejecución y una consiguiente aceleración de la providencia definitiva (ej. arts. 42, 185, 232, 578 del Cód. de Proc. Civ.; art. 883 del Cód. de Com., etc.).

8. — c) También la tutela ordinaria puede tener un objeto preventivo; también la providencia definitiva (no cautelar)» puede, en ciertos casos, dictarse con carácter de urgencia, consiguiendo de este modo que la tutela ordinaria llegue sin retardo. Pero, para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que a estos dos elementos (*prevención y urgencia*) se añada un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico del *periculum in mora*; esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinario la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisionales que el daño temido se produzca o se agrave *durante aquella espera*.

El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño *marginal*²⁵ que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. Es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la *mora* de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, *que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva*. Así, también cuando en el campo de las relaciones sustanciales la lesión del derecho ha tenido ya lugar y la providencia definitiva no puede ya ofrecer otra finalidad que la reintegrativa, la providencia cautelar tiene en sí misma finalidad *preventiva* frente a la agravación del daño que, en unión del producido por la

²⁵. La expresión es de ENRICO FRAZI, en *Siv. dir. proc. civ.*, 1926, II, pftg. 50.

falta de razón, podría derivarse de la inevitable prolongación del proceso ordinario.

El *periculum in mora*, a evitar el cual proveen las medidas cautelares, no se tomaría en consideración si fuese posible acelerar adecuadamente, a través de una reducción del proceso ordinario, la providencia definitiva. Si yo, acreedor no provisto de título ejecutivo, puesto frente al peligro de perder las garantías de mi crédito, encontrase en el proceso ordinario el medio de crearme de hoy a mañana el título que me falta y de proveer inmediatamente a la pignoración, no tendría necesidad, evidentemente, de recurrir al secuestro conservativo. Por el contrario, debo recurrir a esta medida provisoria cautelar porque, si quisiera esperar la emanación de la providencia definitiva, la necesaria lentitud del proceso ordinario determinaría que éste fuese ineficaz, cuando ya el daño, que con una inmediata providencia preventiva habría podido evitarse, se hubiera producido de manera irremediable.

Así, pues, la función de las providencias cautelares nace de la **relación que se establece entre dos términos**: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Es éste uno de aquellos casos (la disciplina de los cuales constituye quizá el más antiguo y el más difícil problema práctico de toda legislación procesal) en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien²⁶: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las cuales es necesario un período, frecuentemente no breve, de espera; pero esta *mora* indispensable para el cumplimiento del ordinario *iter* procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto.

Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del pro-

26. Véase CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 80, págs. 85-86.

ceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento **práctico** que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.

En un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre **instantánea**, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares.

Es evidente, bajo este aspecto, la afinidad de las providencias cautelares con las disposiciones, magistralmente estudiadas por CHIOVENDA²⁷, que tienden a producir como resultado que la sentencia actúe la ley **como si ello ocurriese en el momento mismo de la demanda judicial**: tienden, en efecto, a conseguir que la actuación de la ley, contenida en la providencia definitiva, pueda operar sobre el mismo estado de hecho sobre el que operaría en el momento de la demanda judicial. El principio es siempre el mismo: "la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene razón" M.

9. — Estas consideraciones permiten alcanzar la que, en mi concepto, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente **preordenadas** a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, **al servicio de una providencia definitiva**²⁸, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de **instrumentalidad** o, como han dicho otros³⁰, de **subsidiariedad**, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva: ésta nace, como se ha visto, con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en defi-

27. *Ist.*, I, n. 34.

28. *Ist.*, I, pág. 147.

29. Véase POIXAK, *System*, vol. III, pág. 1039.

30. DIANA, escrito citado, pág. 213.

nitiva; aquélla nace en previsión, e incluso *en espera*, de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto.

Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela *mediata*: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*.

10. — Después de haber aislado así la sustancia de la providencia cautelar como *anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma*, no parece inútil insistir sobre ciertos aspectos concretos de la terminología corriente en materia cautelar, cuyas inexactitudes son probablemente indicio de insuficiente ponderación en cuanto a algunos conceptos fundamentales de la cuestión.

a) En primer lugar me parece oportuno eliminar el equívoco a que podría prestarse el lenguaje comúnmente seguido por la doctrina (al cual, en las páginas que preceden, he debido también yo, por no complicar el planteamiento del problema, someterme en parte) cuando, para distinguir las providencias cautelares de las no cautelares, contrapone las primeras, consideradas como *provisorias*, a las providencias *definitivas*.

En verdad, estas dos expresiones son inadecuadas para representar claramente el carácter por el cual las medidas cautelares se distinguen de todas las demás providencias jurisdiccionales. Es sabido que la calificación de *definitivas*, con que nuestra ley indica un cierto tipo de sentencias (por ejemplo, arts. 386, 456, 460 y 492 del Cód. de Proc. Civ.) se refiere no al contenido de la providencia jurisdiccional, sino a un elemento absolutamente externo y formal, que concierne al momento

cronológico en que la sentencia aparece insertada en la serie de actos que constituye el proceso: sentencia **definitiva** es la que está al final del proceso (o de un grado del mismo), y que cierra la relación procesal (por lo que se llama también **final**); mientras se llama, por contraposición, **interlocutoria** a la sentencia que se pronuncia en el curso de un proceso que continúa después de la misma⁸¹. Es sabido, además, que esta terminología de la ley ha sido enriquecida por la práctica con ulteriores subdistinciones derivadas del objeto de la providencia, según que las sentencias, definitivas o interlocutorias, se pronuncien sobre la relación sustancial controvertida (sentencias, definitivas o interlocutorias, **sobre el mérito**) o bien solamente sobre la relación procesal.

Es claro que la calificación de "definitiva", empleada en el sentido indicado como atributo de la providencia jurisdiccional, no es una expresión que se pueda contraponer con propiedad terminológica a la de "cautelar". Si algunas veces una providencia cautelar puede aparecer insertada en el curso del proceso sobre la relación sustancial (por lo que en este caso la medida cautelar tiene, en este proceso, el carácter de una providencia **incidental**), otras veces la providencia cautelar es emanada a través de un proceso especial, separado e independiente de la controversia principal, en relación al cual esa providencia cautelar tiene carácter de **definitiva**. Tampoco la contraposición de las providencias cautelares a las definitivas sería exacta, si esta última expresión se quisiera reservar, con un sentido más restringido que el adoptado por la ley, a las solas providencias definitivas **de mérito** (en este caso el art. 698 del Código Civil parece que quiera contraponer las "oportunas cautelas", ofrecidas en méritos de denuncia de obra nueva a la **"definitiva decisión sobre el mérito"**); en realidad, también las providencias cautelares, aun cuando la demanda no es declarada inadmisible por razones que contemplen la relación sustancial, deciden el mérito (esto es, el fundamento **de la acción cautelar**), así como las providencias, que en contraposición a las cautelares se suelen denominar definitivas. **deciden el mérito de la acción concerniente a la relación sustancial controvertida.**

Se debe, por tanto, entender que cuando la doctrina contrapone las providencias cautelares a las providencias definitivas (o en general el **proceso cautelar** al **proceso definitivo**³², emplea el concepto de **definitividad** en un sentido un poco diverso del que se acaba de exponer,

81. CHIOVENDA, *Ist.*, I, n. 302; BOCEO, ALFR., *La sentema civile*, pág. 164.

32. CARNELUTTI, *Lezioni*, II, págs. 109 y siga.

esto es, como noción contrapuesta a la de **provisoria**, que sería (como antes se ha visto) cualidad característica de las providencias cautelares: frente a las providencias cautelares concebidas como **provisorias**, las providencias definitivas estarían dotadas de la **estabilidad** o inmutabilidad, que faltaría siempre a las providencias cautelares. Sólo que también en este sentido la contraposición se presta a equívocos; sea porque el grado de estabilidad o de mutabilidad de una providencia pronunciada en materia cautelar, puede ser perfectamente idéntico, por lo que se refiere a la práctica y a la preclusión de los medios de impugnación, al que puede alcanzarse por cualquiera otra sentencia en materia no cautelar (la sentencia de convalidación del secuestro no es más **impugnable** que pueda serlo otra sentencia de mérito); sea porque, como ya se ha dicho, la providencia cautelar no se puede considerar provisoria en el mismo sentido en que es provisoria la providencia sumaria, la cual, a causa de su modo de formación, nace **menos estable y menos inmutable** que las providencias de cognición ordinaria. La providencia cautelar, mientras no sobrevenga la providencia sobre la relación sustancial cuyos efectos anticipa, es estable e inmutable **como declaración de la certeza de las condiciones de la medida cautelar** (en cuanto, se comprende, no tenga los caracteres de una declaración sumaria, pues en este caso la inestabilidad le deriva de la sumariedad), al igual dé toda otra sentencia en este sentido definitiva: y si los efectos de la medida cautelar están destinados a desaparecer con la emanación de la providencia sucesiva, esto no deriva, como ya se ha dicho, de mutabilidad o inestabilidad de la declaración, sino de la especial función, temporal por ser instrumental, de la relación constituida por la medida cautelar, que en sí, **como declaración de la certeza de las condiciones necesarias para la constitución de tal relación**, es estable al igual que Cualquiera otra declaración de certeza llamada providencia "definitiva".

Por todas estas consideraciones entiendo que es oportuno emplear en la continuación de este estudio una terminología que no se preste a los equívocos a que puede dar lugar la que en la actualidad se viene utilizando. Puesto que, en mi concepto, el carácter constante y distintivo de las medidas cautelares está en la relación de instrumentalidad que cada una de ellas tiene con una providencia sucesiva cuyos efectos *anticipa, me parece que al binomio usual de providencias cautelares y definitivas se puede, para conseguir mayor claridad, sustituir el de providencias cautelares y principales*. La expresión, que pone en evidencia la posición de subordinación y de accesoriedad en que se encuentran las providencias cautelares por efecto de su instrumentalidad,

está ya en la ley (por ejemplo, el art. 925 del Cód. de Proc. Civ. llama "causa principal", en contraposición a la causa de secuestro conservativo, a aquella en la que ha de decidirse sobre el crédito que el secuestro asegura interinamente); y me parece por esto preferible a otras denominaciones que se podrían elegir para mejor expresar la naturaleza de la relación característica que liga toda medida cautelar, en función de *pareja necesaria*, a otra providencia (a la contraposición entre providencias *cautelares* y *principales* se podría sustituir, por ejemplo, la contraposición entre providencias *cautelantes* y *cauteladas*; o bien la indicada por CABNELUTTI⁸⁸ entre *cautelares j satisfactivas*).

11. — b) Ya que estamos dentro del tema de la terminología, es oportuno poner de relieve que impropriamente alguien⁸⁴ utiliza la expresión de providencias *conservativas* como equivalente a la de providencias cautelares.

La calificación de "cautelares" (o *asegurativas*, que es sinónimo) es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a todas la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza. Pero **no todas las providencias cautelares son conservativas**: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente. También bajo este aspecto la función, conservativa o modificativa, de las medidas cautelares, se orienta sobre la providencia principal y se coordina a ella. En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar mira a **conservar aquel estado de hecho**, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos (por ejemplo, el secuestro conservativo, que determina la indisponibilidad en cuanto a la futura ejecución forzada de los muebles hoy existentes en poder del deudor); pero otras veces, cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia caute-

33. En el escrito citado en *Siv. dir. proc. civ.*, 1931, II, pág. 171.

34. Véase, por ej., el escrito citado de DIANA que trata de las medidas "conservativa" *interinas*". De "providencias conservativas" habla el art. 246 del texto unificado de la ley municipal y provincial de 3 de marzo de 1934, n. 382, y el art. 41 del B. D. de 12 de octubre de 1933, n. 1399, conteniendo normas sobre la gestión económico financiera de las asesorías sindicales.

lar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos, que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables (se puede pensar, por ejemplo, en el derribo de un árbol que ofrece peligro, ordenado por el juez en virtud de denuncia de daño temido, art. 699 del Código Civil; o en la providencia de urgencia con que en el proceso de separación personal el presidente constituye provisoriamente, a cargo de uno de los cónyuges, la obligación de pasar alimentos al otro, art. 808 del Código de Procedimiento Civil).

A base de tales consideraciones se pueden diferenciar las providencias cautelares en ***conservativas*** e ***innovativas***³⁵.

35. Las providencias *conservativas* pueden atener también, bajo un cierto aspecto, eficacia innovativa, en cuanto pueden constituir una provisoria *inhibitio exercitii inris*: véase el *Cod. iur. can.*, can. 1672 y sigs.

CAPITULO n

**CLASIFICACION DE LAS PROVIDENCIAS
CAUTELARES**

SUMARIO — 12. a) Providencias instructorias anticipadas. — 13. b) Providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada. — 14. e) Anticipación de providencias decisorias. — 15. De la ejecución provisoria en particular. — 16 d) Las *caucione** procesales. — 17. Sobre la posibilidad de providencias cautelares diversas de las expresamente previstas por la ley (*poder cautelar general*).

12.— La relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal puede asumir diversas formas, que, a mi entender, cabe reducir a cuatro tipos cuya esquemática reseña puede contribuir a facilitarnos un criterio para la clasificación sistemática de estas providencias¹.

a) El primer grupo está constituido por todas aquellas *providencias instructorias anticipadas*, con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo; pero cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si la providencia instructoria tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de prevenir el *periculum in mora* inherente al procedimiento ordinario eventual.

Se suele hablar entonces de *conservación o aseguración de la prueba*^a, teniendo presentes aquellos casos en los que la providencia caute-

1. Para una clasificación sistemática de las providencias cautelares, véase CARNELUTTI, *Lesioni*, II, n. 80; CAMÍEO, *La esecuzione d'ufficio* (en *Oiur. It.*, 1929), n. 7. En cuanto al derecho austriaco, POLLAK, *System* citado, § 8, distingue tres tipos: el aseguramiento de los hechos (*Tatsachensicherung*, o bien *Sicherung von Beweisen*) y el aseguramiento del derecho (*Anspruchssicherung*), que se diferencia en medidas provisionales (*einstweilige Verfügungen*) y en ejecución asegurativa (*Exekution zur Sicherstellung*).

2. CHIOVZND, *Ist.*, II, n. 338; CARNELUTTI, *Lesioni*, II, pág. 100; CONIGLIO, *Sequestro*, n. 28. En cuanto a la legislación alemana y a la austriaca, en las que el

lar se dirige a adquirir preventivamente datos probatorios *positivos*, que, con el correr del tiempo, se haría imposible, o más difícil, recoger. Ejemplo típico de estos casos es nuestro derecho (que, a diferencia de las legislaciones de tipo alemán, no tiene al respecto reglas generales*) el examen testimonial a futura memoria (art. 251 del Cód. de Proc. Civ.), el cual, como dice el mismo artículo, "no tiene otro efecto que el de *conservar la prueba*"; pero a la misma finalidad se encaminan otros institutos que encuentran su regulación fuera del Código de Procedimiento Civil, como la pericia preventiva del art. 71 del Cód. de Com. (véase el art. 658 del mismo Código), la "descripción" del art. 68 de la ley de 7 de noviembre de 1925 sobre los derechos de autor y la de los arts. 113 y siguientes del R. D. sobre exclusivas industriales de 13 de setiembre de 1934, n. 1602; y también el secuestro de los objetos que constituyen violación de los derechos de exclusiva, regulado por el art. 113 de esta última ley (cuando el mismo tenga solamente el objeto de asegurar para el juicio de cognición la prueba de la violación).

Junto a estos procedimientos, la finalidad cautelar de los cuales está unánimemente admitida por la doctrina, parece que puedan hacerse entrar en el grupo, aunque esto no se diga generalmente por los autores, también la demanda de verificación de escritos con carácter principal (art. 282 y sig. del Cód. de Proc. Civ.) y la querella por falsedad con carácter principal (arts. 296 y sig. del mismo Código). La función de «tos dos procedimientos es, en efecto, esencialmente preventiva, en cuanto con ellos se tiende a hacer indiscutible, en vista de un futuro posible juicio, el valor probatorio de un documento, estableciendo la certeza, en cuanto a la verdad o la falsedad del mismo, antes de que llegue el momento de hacerlo valer como prueba en el proceso sobre el mérito. También en este caso, como se ha dicho respecto de las otras providencias instructorias cautelares, el interesado en proponer la demanda de verificación o la querella de falsedad, podría esperar el proceso ordinario para hacerlas valer, en vía incidental, durante el curso del mismo; pero, si las propone en vía preventiva, lo hace para poderse presentar en el proceso de cognición en una condición de ventaja probatoria ya adquirida, y para evitar así el daño que sufriría si el proceso sobre el mérito pudiera complicarse

aseguramiento de la prueba (Sicherung des des Beweises: §§ 485-494 CPO. germ.; S. von Beweisen §§ 384-389 CPO austr.), está regulado como instituto general, véase GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., pág. 139; POLLAS, *System*, I, § 8 a).

3. Véase, sin embargo, el proyecto BEDENTI, arts. 680-686.

y disminuir su velocidad a causa de la cuestión incidental concerniente a la valoración del documento.

Es conveniente poner de relieve que la finalidad de **conservar la prueba**, de que se habla en general en cuanto a todas las providencias de este grupo, no se observa ciertamente en la querella por falsedad, la cual tiene función probatoria innovativa (**negativa**), en cuanto mira a destruir, y no a conservar, la eficacia probatoria del documento falso: nueva confirmación de la observación ya hecha (n. 11) de que la finalidad conservativa no es un carácter constante de las medidas cautelares.

El carácter puramente instrumental de las providencias instructorias anticipadas, sobre el que hasta ahora se ha discurrido, no tiene necesidad de comentario amplio; estas providencias, al determinar preventivamente la adquisición de un dato probatorio, positivo o negativo, que podrá ser utilizado como premisa lógica de una futura providencia de cognición, contribuyen al mejor éxito práctico de ésta, en cuanto el exacto y completo conocimiento de los hechos de la causa es Tino de los coeficientes que sirven para lograr un buen juicio. Por eso tales providencias no son nunca fines en sí mismas: dado que su única finalidad es la de fijar un anticipo y la de tener en reserva para el porvenir, como materiales en bruto destinados a una construcción todavía en proyecto, elementos destinados a la formación de una providencia de cognición, futura y eventual, la utilidad práctica de ellas se manifestará solamente cuando surja la controversia que haga necesaria tal cognición; a falta de la cual, estas providencias cautelares quedarán inutilizadas, como todas las precauciones adoptadas en vista de un peligro al cual no sigue el evento temido.

Se debe observar, por otra parte, que en cuanto a los dos procedimientos probatorios anticipados que son la querella de falsedad y la verificación de escrituras en vía principal, la fruición cautelar tiene caracteres suyos propios, menos acusados y específicos que los que aparecen en las otras medidas cautelares: el extremo del **periculum in mora** está aquí atenuado hasta confundirse con el interés, que es condición de todas las acciones; y la instrumentalidad, en lugar de estar singularmente preordenada al mejor éxito de una providencia principal *determinada*, aprovecha a todos los posibles procedimientos de cognición en los que, en adelante, el resultado del juicio sobre la falsedad o sobre la verificación de las escrituras pueda ser utilizado con finalidad probatoria (*instrumentalidad genérica*).

13.—b) Así como en el primer grupo hemos comprendido las providencias cautelares encaminadas a fijar las pruebas que facilitarán la formación de una futura providencia de cognición, se pueden clasificar en un segundo grupo las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma. El carácter instrumental de estas providencias, expresamente puesto de relieve por otras legislaciones en las que se habla en cuanto a ellas de **aseguramiento de la futura ejecución forzada***, aparece también en nuestro derecho en forma tanto más evidente en cuanto los varios tipos de medidas cautelares comprendidos en este grupo corresponden con preciso paralelismo a otros tantos tipos de procedimiento ejecutivo, de los que la providencia cautelar constituye, por así decir, el anuncio y la vanguardia ⁵.

Así, en la ejecución forzada de los créditos en dinero, al procedimiento de expropiación sobre los bienes muebles corresponde el **secuestro conservativo** (art. 924 del Cód. de Proc. Civ.), que, cuando el juicio definitivo sobre el crédito dé un resultado favorable al secuestrante, puede desembocar, sin solución de continuidad, en la ejecución mobiliaria; siendo justamente de lamentar la falta en nuestro derecho de una medida cautelar análoga sobre los bienes inmuebles, puesta al servicio de la expropiación inmobiliaria *; y a la ejecución forzada para entrega o liberación de cosas, muebles o inmuebles, ciertas y determinadas, está preordenado el **secuestro judicial** (art. 1875, n. 1 del Cód. Civ., y art. 921 del Cód. de Proc. Civ.; en cuanto al secuestro previsto por el n. 2 del mismo art. 1875, véase, más adelante, nota 15 del cap. III), y también aquí el paralelismo entre medida cautelar y ejecución forzada es tan estrecho que, en relación a los límites de admisibilidad del secuestro judicial, surgen las mismas dudas que dividen a los intérpretes en materia de admisibilidad de la ejecución para entrega o liberación (especialmente en el caso en que se trate de tutelar pretensiones de naturaleza **personal** dirigidas a una cosa cierta y determinada: así los llamados **iura ad rem**) ⁷. Por otra parte, la misma falta,

4. *Sicherung künftiger Zwangsvollstreckung*: (CPO germ., §§ 916 y sigs.), véase GOLDSCHMIDT, *Zivüproz.*, § 111.

6. Acerca de este paralelismo entre ciertas providencias cautelares y ciertas providencias ejecutivas (satisfactivas), véase ALLORIO, escrito citado, n. 6.

6. DRAGO, *II sequestro giudiziario dell'art. 921 Cod. proc. civ.*, en *Siv. dir. proc. civ.*, 1933, II, 93.

7. Véase sobre la admisibilidad del secuestro judicial, CHIOVENDA, *Ist.*, I, pág. 254; sobre la admisibilidad de la ejecución para entrega o liberación, CARNELUTTI, *Esecuzione*, I, pág. 23.

que se manifiesta en nuestro proceso, de medios de ejecución forzada de las obligaciones de hacer y de no hacer, repercute sobre el sistema de los medios cautelares, en el cual no existe, como existe en otras legislaciones⁸, un procedimiento para asegurar, con medidas establecidas caso por caso por el juez según criterio de conveniencia, la ejecución forzada de pretensiones dirigidas a la satisfacción de obligaciones semejantes. A tal fin, pueden servir entre nosotros en ciertos casos, como se verá, las denuncias de obra nueva y de daño temido⁹; y también como medida cautelar dirigida a asegurar la ejecución forzada de una obligación de no hacer (la que **CARNELUTTI** llama ejecución por *supresión*¹⁰) se puede quizá considerar en ciertos casos el secuestro previsto por el art. 113 del R. D. de 13 de setiembre de 1934, n. 1602 y del art. 68 de la ley de 7 de noviembre de 1925, n. 1950, cuando el mismo sea preordenado a la destrucción, o a la atribución en propiedad al poseedor de la exclusiva, de los objetos que constituyen violación del derecho de exclusiva industrial o del derecho de autor, en contravención a una obligación de no hacer (art. 1221 del Cód. Civ.).

Al grupo de providencias cautelares comprendidas bajo esta letra b) pertenecen también los casos especiales de secuestro conservativo previstos por el art. 1958, n. 3 del Cód. Civ. (secuestro a favor del arrendador) y de los arts. 879 y siguientes del Cód. de Com. (secuestro de la nave); los casos especiales de secuestro judicial previsto por el art. 914 del Cód. Civ. (en materia hereditaria), por los arts. 71 y 413 del Cód. de Com. (secuestro de la cosa vendida), por el art. 8 del R. D. L. de 25 de marzo de 1927, n. 436 (secuestro de autovehículo: véase, sin embargo, el n. 36, b)¹¹), y por el art. 16 de la ley de 7 de julio de 1866, n. 3036 (posesión de los bienes de entidades eclesiásticas suprimidas); las providencias "para la seguridad de los interesados" en caso de herencia aceptada con beneficio de inventario (art. 975 del Cód. Civ.)¹². Tienen también cabida en este grupo la aposición de sellos y el inventario de que se trata en los arts. 847 y sig. del Cód. de Proc. Civ., que ofrece de ordinario una función cautelar análoga a la del secuestro judicial; pero que en ciertos casos podría servir también como medio para **asegurar la prueba** impidiendo la dispersión de

8. *Einstweilige Verfügung* del proceso germánico (CPO, § 938), véase GOLDSCHMIDT, *Zivilproa.*, § 115.

9. CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio*, cit., n. 7 d.

10. *Etecutione*, II, 15.

11. CRISTOFOLINI, *Processo d'ingiunzione*, pág. 65.

12. Todos casos enumerados por CHIOVENDA, *Int.*, I, n. 84 citado.

documentos utilizables en juicio con finalidad probatoria; las providencias para la separación y conservación de los bienes *muebles* del difunto (arts. 900-901 del Cód. de Proc. Civ.); y, como en seguida se explicará, también la sentencia declarativa de quiebra y la de retroacción (n. 37).

En cuanto a la ejecución provisoria, entra en este grupo, como se verá mejor dentro de poco (n. 15), en aquellos únicos casos en que trata no de satisfacer anticipadamente al acreedor, sino de conservar, mientras pende el juicio de apelación, los objetos de la futura ejecución forzada.

Me parece, en cambio, que no se pueden incluir en este grupo, ni en ningún otro grupo de providencias cautelares, las providencias que, aun llevando el nombre de secuestro, tienen, sin embargo, función genuinamente ejecutiva (véase, más adelante, ns. 35-36).

Naturaleza híbrida tiene el "secuestro temporal de las rentas parafernales de la mujer", que, según el art. 133 del Cód. Civ., puede ser ordenado por la autoridad judicial "en provecho del marido y de la prole"; el cual, si en ciertos casos tiene carácter mediatamente ejecutivo (como medio de ejecución indirecta a través de la coacción psicológica¹⁸), en otros casos puede funcionar como providencia anticipada sobre el derecho a los alimentos, que debe clasificarse en el grupo siguiente.

14.—c) Constituyen este tercer grupo las providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables.

Casos típicos de esta categoría son las denuncias de obra nueva y de daño temido (arts. 698 y 699 del Cód. Civ.; 938 y sigs. del Cód. de Proc. Civ.), a través de las cuales, en espera de que la autoridad competente dicte en el proceso principal la "decisión definitiva sobre el mérito", se consigue entre tanto, "según las circunstancias, que se provea para obviar el peligro"; las "providencias temporales", que, en el proceso de separación personal entre cónyuges pueden ser dictadas por el juzgador cuando "las considere urgentes en interés de los cónyuges y de la prole" (art. 808, último párrafo, del Cód. de Proc. Civ.);

33. CHIOVENDA, *Ist.*, pág. 252, vé en esto secuestro una "función coercitiva".

las providencias que la autoridad judicial puede dictar "en caso de urgente necesidad" en materia de alimentos (art. 145 del Cód. Civ., en relación al n. 8 del art. 363 del Cód. de Proc. Civ.); las providencias "de urgencia" o "temporales" de los arts. 275, 327, 572 y 839 del Cód. de Proc. Civ.; y 153 y 871 del Cód. de Com.

La relación de instrumentalidad que, en los casos ahora reseñados, vincula la providencia provisoria a la principal, es profundamente diversa de la examinada en los dos grupos precedentes (véase, más ampliamente, el n. 18); mientras en éstos la providencia cautelar no regula el mérito de la relación sustancial controvertida, limitándose a aprontar medios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito, aquí, en este tercer grupo, la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario. La proximidad conceptual de este grupo de providencias cautelares a las llamadas "declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva", de las que ya hemos tratado, aparece como evidente; y en este terreno, como en todas las zonas fronterizas, son más difíciles y más sutiles las distinciones, tanto que no falta quien, sin más, incluye entre las declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva gran parte de las providencias que yo incluyo, considerándolas cautelares, en este tercer grupo. Pero me parece

14. CaiSTOrrouNi, *II processo d'ingiunzione* (Padova, 1931), págs. 10-11, considera que el criterio de distinción entre declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva y providencias provisionales y cautelares se debe buscar "en el efecto práctico de la medida, según que la misma tienda a la realización plena del derecho declarado cierto *como* si la declaración de certeza fuese definitiva, o que se limite a asegurar su posibilidad de realización *para el caso* de que la declaración definitiva de certeza (o la provisoria) haya de producirse a continuación"; y este criterio lo lleva a incluir en todos los casos entre las declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva la ejecución provisoria, las "provisionales", etc.; véase BEÍTI, *Dir. proc. civ.*, pág. 760. También ALLOBIO, escrito citado, págs. 12-13, considera que gran parte de las providencias cautelares comprendidas bajo este grupo c) y entre ellas la cláusula de provisoria ejecución de que trata el texto, n. 14, no tienen naturaleza cautelar, en cuanto las mismas, por constituir una anticipación de la ejecución ordinaria, no son otra cosa que providencias ejecutivas. A esta conclusión debe necesariamente llegar ALLOMO partiendo de las premisas (que yo no comparto) expuestas por él: en su concepto, puesto que el derecho subjetivo sustancial no es otra cosa que el poder de provocar una sanción, junto a todo derecho subjetivo *principal* (esto es, derecho a la sanción principal, definitivamente ejecutiva) debe subsistir constantemente, como accesorio necesario, un derecho subjetivo de *cautela* (esto es, el derecho subjetivo sustancial a la sanción cautelar¹). La diferencia entre estos dos derechos

que también aquí el carácter distintivo fundamental subsiste, en cuanto también en este tercer grupo la providencia cautelar no puede aspirar a convertirse ella misma en definitiva, sino que está siempre preordenada a la emancipación de una providencia principal, a la llegada de la cual los efectos provisorios de la medida cautelar están destinados a caer totalmente, porque aun cuando la decisión principal reproduzca sustancialmente y haga suyas las disposiciones de la providencia cautelar, funciona siempre como decisión *ex novo* de la relación controvertida, y no como convalidación de la providencia cautelar. La función ins-

(que, dice ALLOMO, "nada impide, desde luego, considerar... como *facultada* comprendidas en un derecho más amplio") es, sobre todo, una diferencia de sanciones; mientras la sanción que corresponde al derecho principal es la ejecución definitiva, la que corresponde al derecho cautelar es, bajo el punto de vista de su efecto práctico, una sanción más tenue. Partiendo de este principio del "carácter más tenue de la sanción cautelar respecto de la sanción principal", ALLOMO considera providencias cautelares solamente aquellas cuyo efecto práctico aparece menos grave y, por decirlo así, menos penetrante que el de las providencias ejecutivas; y cuando se encuentra con providencias (como la cláusula de ejecución provisoria, id. id., pág. 24, o las providencias dictadas por el presidente del tribunal, ej., art. 808 del Cód. de proc. civ., id., pág. 25) cuyos efectos no son prácticamente más tenues que los de la ejecución forzada, sino que consisten más bien en una anticipación *provisoria* de los efectos de ésta (y en este caso se le podría preguntar si la provisoriedad no es también una forma de *atenuación* práctica), entonces se ve obligado, para ser coherente, a excluir estas providencias del número de las medidas cautelares y a considerarlas como expresión de otro fenómeno que sería el de la *ejecución anticipada de la sanción principal*, distinto del fenómeno de la *ejecución de la sanción cautelar*, y teniendo como presupuesto un peligro en el retardo *más grave* que aquel que constituye la base de las providencias cautelares (en cuanto a la diferencia entre estos dos tipos de *periculum in mora*, véase más adelante el n. 18). Pero dejando a un lado la dificultad práctica, tal vez insuperable, de efectuar caso por caso esta especie de medida comparativa de la "tenuidad" práctica de las sanciones (dificultad de la que son una prueba los esfuerzos dialécticos que ALLOMO realiza en la última parte de su estudio para encontrar a todos los derechos principales su "doble" atenuado), nos podemos preguntar *qué otra cosa que una providencia cautelar*, es la ejecución anticipada y provisorio de la sanción principal concedida en vista del peligro en el retardo. Responder que la misma es ejecución de la sanción principal (satisfactiva) y no ejecución de la sanción cautelar (atenuada) no significa todavía resolver el problema; puesto que el extremo que se ha de resolver es precisamente éste: cómo puede la sola consideración del peligro en el retardo llevar a la ejecución de la sanción principal *antes de que sea declarada la certeza del derecho a tal sanción*, y por qué mecanismo procesal la ejecución forzada satisfactiva, que normalmente presupone el título ejecutivo, puede excepcionalmente concederse antes de que el título haya nacido. Si ésta no es tutela cautelar, yo no sé, dejando aparte los denominaciones que pesan poco, qué cosa pueda ser la tutela cautelar; me viene a la memoria (y no lo tomo a mal el buen amigo ALLOMO, que sabe la gran estima en que yo lo tengo, de la cual es la mejor prueba esta referencia de sus opimone[^] que habría sido todavía más extensa si su escrito me hubiese llegado antes) la respuesta dada por aquel examinando que, interrogado acerca de la cuestión homérica, y puesto entre la espada y la pared al preguntarle si, en definitiva, Homero era o no era el autor de la *Iliada* y de la *Odisea*, respondió: "Homero, no; sino un coterráneo suyo que vivió por los mismos años y que llevaba su mismo nombre".

trumental se explica, pues, en este grupo dando a la controversia, en espera de la providencia definitiva, una solución provisoria que presumiblemente se aproxime más a la que será la solución definitiva, de modo que ésta, operando *re adhuc integra* y sin solución de continuidad, pueda tener sobre la relación sustancial la misma eficacia práctica que habría tenido si hubiese sido dictada sin retardo: la providencia cautelar funciona aquí, si se nos permite el parangón, como las fuerzas de protección destinadas a mantener las posiciones hasta el momento de la llegada del grueso del ejército, a fin de evitar a éste las pérdidas mayores que le costaría la reconquista de las posiciones perdidas¹⁵.

En este grupo de providencias deberían comprenderse, *si tuvieran naturaleza cautelar*, las acciones posesorias y la llamada "provisional"; pero me reservo el explicar más adelante (ns. 30-34) las razones por las cuales considero absolutamente discutible la existencia de finalidad cautelar en este instituto.

15. — Debe ser considerado aparte (porque sólo en ciertos casos tiene naturaleza cautelar; y, cuando la tiene, puede asumir figuras susceptibles de diversas clasificaciones) el instituto de la "ejecución provisoria".

Se debe advertir, ante todo, que no siempre la ejecución provisoria deriva de una providencia del juez: hay casos, en efecto, en los que la ley, en consideración a la particular naturaleza de ciertas relaciones sustanciales, establece que todas las sentencias pronunciadas para decidir sobre las mismas sean provisoriamente ejecutivas no obstante gravamen, por razones de materia e *independientemente* de cualquier investigación del juez sobre la oportunidad de conceder tal ejecutoriedad (ej. arts. 699 y 913 del Cód. de Com.; 328 del Cód. Civ.; etc.). Aquí, si la *ratio legis* en virtud de la cual se dispone para categorías completas de sentencias la ejecución provisoria puede estimarse la consideración

15. Me parece, pues, que se puede hacer entrar en este grupo también el secuestro judicial "de las cosas que un deudor ofrece para su liberación" (art. 1875, n. 2 Cód. Civ.) el cual es ciertamente una providencia cautelar (que trata de conservar provisoriamente las cosas secuestradas en espera de la providencia *principal* sobre la validez de la oferta, art. 1264 del Cód. Civ., y a cautelar al oferente contra el peligro que podría derivarse para él del hecho de permanecer las cosas, durante la litis principal, a su riesgo y peligro), pero no se puede, como el secuestro contemplado por el n. 1 del mismo art. 1875, considerar como preordenado a asegurar la ejecución forzada (grupo b), en cuanto el oferente no se dirige aquí a la ejecución forzada sobre las cosas secuestradas, sino sólo a anticipar y a asegurar a través del secuestro los efectos liberatorios (art. 1259 del Cód. Civ.) la certeza de los cuales será definitivamente declarada por la decisión principal sobre la validez de la oferta.

del *periculum in mora* que cabe presumir siempre inherente a ciertas controversias, se podrá ver en esta ejecutoriedad operante *ipso iure* nn *efecto cautelar* de la sentencia, considerada como hecho jurídico en sentido estricto, con razonamiento análogo al que se hará al tratar de la hipoteca judicial (más adelante, n. 41) ; pero no será lícito hablar aquí de providencia cautelar, simplemente porque, naciendo las sentencias provisoriamente ejecutivas *ex lege*, falta la providencia cautelar, *separada de la principal*, que es necesaria tan sólo cuando la ejecutoriedad está constituida *ope iudicis*.

En cambio, cuando la ejecución provisoria no es inherente por ley a la sentencia, sino que ha de ser consentida por el juez caso por caso con pronunciamiento especial (la llamada cláusula de provisoria ejecutoriedad), entonces nos encontramos frente a una verdadera y propia *providencia* jurisdiccional¹⁶, que tiene carácter cautelar sólo en aquellos casos en los que se conceda para obviar un *periculum in mora*, demostrado o presunto; mientras que entra en la categoría de las "declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva" (providencias *sumarias*) todas las veces que la misma sea dictada en vista de la particular atendibilidad de las pruebas, la cual obligue a considerar, según un cálculo de probabilidades, que las ulteriores fases del proceso no modificarán las conclusiones a que ha llegado el juez de primer grado (art. 363, n. 1 Cód. de Proc. Civ.)¹⁷.

En los casos en que la cláusula de ejecución provisoria se halla establecida con objeto de obviar un *periculum in mora*, su función cautelar puede configurarse de dos diversos modos.

16. CHIOVENDA, *Int.*, II, pág. 507: "El pronunciamiento de la ejecución provisoria es, por si mismo, una providencia, que debe ser motivada con la indicación del caso de la ley que se considera aplicable, que será después expresamente enunciado en la parte dispositiva (*cláusula provisional*)".

17. Véase CHIOVENDA, *Principii*, págs. 202 y sigs., 232 y sigs.; *Ist.*, I, páginas 217 y 249. Se debe poner de relieve que la cláusula de ejecución provisoria, aunque pertenece a las providencias cautelares o a las declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva, según los motivos por los cuales se concede, no tiene en los dos casos caracteres procesales bien distinguibles, en cuanto (a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de las otras providencias con predominante función ejecutiva: véase texto n. 4) no aspira nunca a transformarse en providencia definitiva del mérito, ya que, si falta la apelación, lo que adquiere fuerza de cosa juzgada es la declaración de certeza del derecho, y no la cláusula de provisoria ejecución; y si la apelación es rechazada, el título ejecutivo está constituido por la sentencia de apelación que ha decidido el mérito y no por la sentencia de primer grado acompañada de ejecución provisoria (véase CHIOVENDA, *Ist.*, II, págs. 85-86 en relación con el art. 243 del Reglamento General Judicial, y págs. 504-505). La cláusula de ejecución provisoria se comporta, pues, en todos los casos, si se mira a la naturaleza de su provisoriedad (texto, ns. 4-5), como si fuese siempre una providencia cautelar.

A veces el daño que la misma trata de prevenir es el que derivaría del retardo en la satisfacción del derecho, en vista de que, funcionando aquélla como medio para acelerar, a través de la inmediata ejecución forzada, tal satisfacción (ejs., muy evidentes, arts. 363, ns. 3, 4 y 8 del Cód. de Proc. Civ.; 328 del Cód. Civ.; etc.), tiene cabida típicamente entre las providencias cautelares del grupo c); otras veces, el daño que trata de prevenir es el que podría derivarse de la dispersión, posible mientras pende el juicio de apelación, de los bienes del deudor, y en tal caso, funcionando aquélla como un medio para asegurar (no **para acelerar**) la ejecución forzada futura, debe dársele cabida entre las providencias del grupo b) (ejemplo típico, art. 18 del R. D. de 21 de mayo de 1934 sobre controversias individuales del trabajo; véase, además, el n. 33).

Obsérvese que la ejecución provisoria que en materia comercial el juez **puede** conceder en virtud del art. 409 del Cód. de Com., está comprendida entre las providencias sumarias (no cautelares) o entre las providencias cautelares, según los motivos que el juez tenga presentes para concederla (si tiene en cuenta la especial certeza de las pruebas, la providencia no tiene carácter cautelar; por el contrario, lo tiene si la concesión se basa sobre la consideración del peligro en el retardo, especialmente sensible en las relaciones comerciales).

16. — d) Merecen ser tratadas como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela típicamente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una **caución**, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.

En numerosos casos, el poder que tiene el juez de emanar una providencia con naturaleza de declaración de certeza con predominante función ejecutiva (arts. 102 y 363, n. 1 del Cód. de Proc. Civ., 324 del Cód. de Com.), o bien naturaleza cautelar (arts. 363, ns. 2-9, 928 y 940 del Cód. de Proc. Civ.), o en general, con carácter de urgencia (art. 182 del Cód. de Proc. Civ.), va acompañado del poder de condicionar su ejecutabilidad a la prestación de una garantía o bien del depósito, establecido a cargo de aquel a quien la providencia provisoria favorece, de una cierta suma de dinero o de títulos (arts. 329-331 del Cód. de Proc. Civ.). Tales cauciones, que para distinguirlas de las contractuales y legales se denominan **judiciales**¹⁸, funcionan como aseguramiento pre-

18. Véase, por último, la voz **Caueione** en *Ene. italiana*.

ventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada ("garantía del resarcimiento de los daños, para el caso en que el secuestro fuese declarado injusto", dice el art. 928 del Cód. de Proc. Civ.)¹⁹: se trata, pues, en sustancia, de una medida cautelar dirigida a asegurar la ejecución forzada de un crédito en dinero (derecho al resarcimiento de los daños), la cual, cuando la caución se constituye mediante depósito de valores, equivale al secuestro conservativo de los mismos en garantía de un crédito eventual. Pero si bien bajo este punto de vista las cauciones podrían quedar incluidas en el segundo grupo, es conveniente clasificarlas aparte en virtud de su especialísima característica de estar destinadas a funcionar como cautelas contra el peligro derivado de la ejecución de una providencia judicial, la cual a su vez puede ser (como se ha visto más arriba al enumerar los artículos) una providencia cautelar dirigida a prevenir el peligro derivado del retardo de la providencia principal. Aquí la caución funciona, pues, en calidad de cautela de la cautela, o, como se ha dicho autorizadamente²⁰, de **contra-cautela**: mientras la providencia cautelar sirve para prevenir los daños que podrían nacer del retardo de la providencia principal, y sacrifica a tal objeto, en vista de la urgencia, las exigencias de la justicia a las de la celeridad, la caución que se acompaña a la providencia cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes.

También aquí existe una relación de instrumentalidad entre la providencia que ordena la caución y la providencia provisoria que la acompaña: e incluso la relación de instrumentalidad existe también, mediatamente y, por decirlo así, en segundo grado, con la ulterior providencia principal. Con respecto a la providencia provisoria que acompaña, la caución tiene carácter instrumental **negativo**, en cuanto le impide perjudicar, o sea, para decirlo con mayor precisión, ofrece anticipadamente los medios, casi diríamos el contraveneno, para remediar eficazmente el daño que pueda derivar de su injuticia: con respecto a la providencia principal, a la que está reservado el decidir si

19. Véase también el art. 15, último párrafo, de la ley de 7 de noviembre de 1925 sobre derechos de autor.

20. СИЛОВКОВА, *Ist.*, I, pág. 251.

la providencia provisoria es injusta, la caución tiene carácter instrumental *positivo*, en cuanto asegura preventivamente la realización práctica del derecho al resarcimiento de los daños que encontrará su título en la providencia principal, cuando ésta haya revocado por injusta la provisoria.

Resulta que, en este mecanismo de tres providencias coordinadas, en el que la caución funciona como instrumento cautelar, que a su vez es instrumento para prevenir los daños derivables del retardo de la providencia principal, se presentan, a restablecer la igualdad entre las partes, dos medidas cautelares orientadas en distintas direcciones: si el secuestro conservativo funciona a favor del llamado acreedor, la caución que lo acompaña funciona a favor del pretendido deudor, su adversario.

17. — Hemos clasificado así las providencias cautelares en cuatro categorías, derivadas de cuatro configuraciones típicas que puede asumir su instrumentalidad: se puede, sin embargo, preguntar, antes de proceder a la investigación, si en los institutos que hemos tenido presentes en nuestra enumeración (y en los otros que eventualmente estén *expresamente previstos* por otras disposiciones de nuestro derecho positivo) deben considerarse agotados los medios de la tutela cautelar, o si, por el contrario, se debe reconocer también en nuestro derecho un *poder cautelar general* confiado al juez fuera de los institutos singulares antes enumerados, y en virtud del cual el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso.

El problema puede presentar notable interés práctico (veremos más adelante una aplicación del mismo a propósito de la "provisional": véase el n. 31) en todos los casos en que, aun subsistiendo un *periculum in mora*, falte, sin embargo, en el derecho positivo un medio cautelar expresamente preordenado a las medidas prácticas que en concreto se demuestren como más idóneas para eliminarlo.

Un caso singularísimo, que se presentó en Francia hace algunos años, puede acreditar, mejor que cualquier razonamiento abstracto, la importancia práctica del problema. El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiros y ninfas; y el pintor, con objeto de aumentar el interés de la decoración

mural, pensó que podía presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías, fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de la inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borrara la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriese provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica. No he conseguido saber si los jueces franceses encontraron en su ley la forma de ordenar tal medida cautelar; pero, si se hubiera presentado un caso análogo a los jueces italianos, ¡cuál habría sido entre los procedimientos cautelares regulados por nuestro derecho, el idóneo para dar satisfacción provisional a la pudibunda solicitante! La denuncia de obra nueva, no, porque en el caso que se acaba de referir la obra estaba terminada, y porque, de todos modos, el daño que podía derivar de aquella obra se refería a un derecho personalismo de la reclamante, cual es el derecho sobre la propia imagen, y no, según el texto del artículo 698 del Cód. Civ. "a un inmueble, a un derecho real o a otro objeto poseído por él"; tampoco habría podido protegerla la denuncia de daño temido, porque también ésta presupone un peligro inminente "para un fundo u objeto" poseído por el reclamante, expresión en la cual, si no se quiere recurrir a una analogía bastante remota, no puede verdaderamente considerarse comprendido el peligro inminente para el propio decoro personal. Probablemente, en un caso como éste, la finalidad cautelar habría podido lograrse solamente a través del secuestro en vía penal (art. 337 y siguientes del Cód. de Proc. Pen. en relación con los artículos 594 y siguientes del Código Penal); pero es cierto que la solución del caso sería en la vía civil mucho más fácil si se reconociese al juez civil el poder general de ordenar medidas cautelares aunque no estén expresamente previstas por la ley.

CHIOVENDA resuelve afirmativamente el problema y enseña que, así como existe en otras legislaciones una regulación general de las medidas cautelares (*enstweilige Verfügung* de la CPO germ., ns. 935-945), también en nuestra ley debe considerarse implícitamente existente "la figura general de la providencia provisoria cautelar; dejándose completamente al juez el poder de establecer su oportunidad y su natura-

leza"²¹. Pero, aun reconociendo las grandes ventajas prácticas que presentaría la solución enseñada por nuestro Maestro, no me parece que se pueda sostener dentro del derecho positivo italiano. Si hay en nuestra ley procesal algunos artículos que hablan en general de "providencias conservatorias o interinas" (art. 389 del Cód. de Proc. Civ., art. 39 del R. D. de 31 de agosto de 1901) o de providencias "de urgencia" (art. 182 del Cód. de Proc. Civ.) sin ulterior especificación, basta la lectura de los mismos para hacer comprender que se limitan a establecer *en qué forma* debe o puede ser hecha valer la acción cautelar, cuando existen las condiciones de la misma (especificada * por otros artículos; por ejemplo, arts. 921 y 924 del Cód. de Proc. Civ.), pero no tratan de añadir, a las acciones cautelares nominadas por nuestra ley, una acción cautelar genérica e innominada²² de la que ningún artículo determina las condiciones.

Por otra parte, aun prescindiendo de estas consideraciones estrictamente exegéticas, me parece que los mismos principios generales del derecho procesal conduzcan a la solución negativa. Si en la base de todo ordenamiento procesal está el principio (del que tan provechosamente se ha valido el mismo CHIOVENDA para demostrar la admisibilidad en nuestro derecho, aun a falta de una norma expresa, de la acción de mera declaración de certeza como figura general²³), según el cual, siempre que exista el interés en obrar, "con ello está autorizada toda demanda judicial que tienda a evitar el daño que se produciría si la ley no fuese actuada, a menos que la ley contenga *limitaciones expresas*", no me parece, sin embargo, que el interés en obrar pueda bastar para autorizar demandas dirigidas a obtener una providencia judicial que la ley no prevé expresamente cuando la emanación de esta providencia deba producirse en formas especiales diversas de las del proceso ordinario, o a través de una instructoria menos completa, o, en general, como ocurre en todas las providencias cautelares, no a base de un normal establecimiento de la certeza, sino sólo en la *suposición* de la existencia de un derecho. Si en ciertos casos de peligro expresamente considerado por la ley, puede consentirse que la esfera jurídica de aquel contra quien se pide una medida cautelar, sea invadida, y disminuida

21. *Ist.*, I, pág. 256; véase también ALLORIO, escrito citado, n. 7 al final, el cual parte de la premisa de que todo derecho subjetivo sustancial debe ir acompañado, como accesorio necesario e implícito, de un derecho sustancial de cautela; y, por diversos motivos, POLLAK, *System*, III, § 208, págs. 1039-1040.

22. Véase CHIOVENDA, *Ist.*, I, pág. 43.

23. Véase *Ist.*, I, págs. 42-43, y especialmente el n. 62, págs. 201-202.

su libertad, antes de que sea cierta la existencia del derecho alegado por el reclamante, esta invasión y esta disminución no pueden por lo general ocurrir más que a través de una normal cognición completa y definitiva. Por esto todas las providencias cautelares se deben, en mi concepto, considerar, *iure condito*, excepcionales; y por esto las normas que las regulan se consideran comúnmente *strictae interpretationis* **. De la misma manera que el juez no podría, basándose solamente en el requisito del interés, pronunciar una condena con reserva fuera de los casos en que esta figura excepcional se halla prevista por la ley²⁴, o adoptar el procedimiento de apremio para tutela de créditos que carezcan de los requisitos previstos por la ley para la admisibilidad de esta forma excepcional de cognición, así me parece que no puede bastar el interés para convertir en admisibles figuras de medidas cautelares desconocidas por nuestro derecho o para servirse de aquellas existentes en casos que nuestro derecho no prevé.

Admitir la existencia de una acción asegurativa general, basada únicamente sobre el peligro y sobre el interés del reclamante en prevenir el daño, querría decir en la práctica, admitir, por ejemplo, que el juez pudiese conceder el secuestro conservativo de un *inmueble* todas las veces (en la práctica muy frecuentes) en que se demostrase que para asegurar la ejecución forzada de un crédito, todavía no consagrado en un título ejecutivo, el interesado no tiene otra garantía igualmente eficaz. Pero a nadie se le ocurrirá, frente a la clara disposición del art. 924 del Cód. de Proc. Civ. que limita el secuestro conservativo a los muebles, sostener *iure condito* esta extensión del instituto del secuestro, que, sin embargo, de admitirse la existencia de un poder cautelar general, constituiría una coherente y legítima consecuencia del mismo.

24. Por esto se considera que el procedimiento en virtud de recurso, establecido por la ley para el secuestro conservativo, no puede extenderse al secuestro judicial (en contra CONIGLIO, *Sequestro*, parte II, cap. XI); y que la norma que admite el examen testifical a futura memoria no puede extenderse a la pericia preventiva (véase BOTONDI, en *Eiv. dir. proc. riv.*, 1925, IT, 169 y sigs.).

25. Véase CARNELÜTTI, *Escuizione*, I, pág. 236; y)o mismo CIIHOVENDA, *Ist.*, I, pág. 69, n. 25 al final.

CAPITULO III

**CARACTERES DE LAS PROVIDENCIAS
CAUTELARES**

SUMARIO — 18. Dos tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal. — 19. Previsión de los efectos de la providencia principal que constituye la base de la providencia cautelar (instrumentalidad *hipotética*) — 20. Cognición cautelar; su objeto; — 21. I) sobre la apariencia del derecho; — 22. II) sobre el peligro: a) en vía ordinaria; — 23. b) primero en vía sumaria y después en vía ordinaria; — 24. c) solamente en vía sumaria. — 25. Consecuencias de la naturaleza hipotética de las providencias cautelares sobre la responsabilidad de quien recurre. — 26. Las providencias cautelares como providencias de cognición: varios tipos. — 27. Las providencias cautelares en relación a la autoridad de la cosa juzgada: a) variabilidad; — 28. b) extinción a término. — 29. Ejecución cautelar.

18. — Ahora que, tomando por base la precedente clasificación, se puede razonar sobre cosas concretas, es oportuno volver sobre los caracteres distintivos de las providencias cautelares, para precisar algunas nociones ya enunciadas en abstracto y ver más de cerca algunas diferencias muy significativas.

Y, en primer término, se debe insistir sobre dos configuraciones típicas que puede asumir en las providencias cautelares el *periculum in mora*.

Algunas de las providencias cautelares (y precisamente las consideradas bajo las letras o, b, d) no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza, (sub a) o la ejecución forzada (sub b, d) del derecho, se produzcan, *cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta*, en condiciones prácticamente más favorables: en otras palabras, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz. Por esto, aun después de la emanación de la providencia cautelar, la relación sustancial continúa teniendo el carácter de controvertida y el de no prejuzgada: la regulación provisoria dada por la providencia cautelar contempla la adquisición de los

medios de prueba o la indisponibilidad de los bienes que podrán ser a su tiempo objeto de ejecución forzada, pero no la relación sustancial que, en espera de la regulación principal, no es objeto, en ese intervalo, ni siquiera de decisión interina. La afinidad que se observa, bajo este aspecto, entre los tres grupos de providencias aquí considerados, es evidente: estas providencias no deciden el mérito, la decisión del cual queda reservada al juicio principal, pero preparan los medios necesarios para la providencia definitiva. Esto es aplicable no solamente a las providencias del grupo o, que tienen carácter terminantemente instructorio de la futura cognición, sino también a las de los grupos b y d, las cuales se puede considerar que tienen, por decirlo así análogo carácter *instructorio de la futura ejecución forzada*. Así como las pruebas son objeto de la actividad de cognición del juez, los bienes a expropiar se pueden considerar como objeto de su actividad ejecutiva. Todas las providencias consideradas hasta ahora tienen precisamente de común la finalidad de suministrar preventivamente los medios que, en la fase definitiva, constituirán el *objeto* de la actividad jurisdiccional.

En cambio en otros casos (y precisamente en los considerados bajo la letra c), la providencia interina trata de *acelerar* en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito. Aquí, por tanto, la providencia provisoria *cae directamente sobre la relación sustancial controvertida*: es una declaración interina de mérito (por ej. del derecho a los alimentos, en el caso previsto por el art. 808 del *Cód. de Proc. Civ.*; del derecho al respeto de las distancias legales en la denuncia de obra nueva, etc.), que ofrece a la parte que ha obtenido a su favor la providencia cautelar el modo de satisfacer inmediatamente, incluso a través de la ejecución forzada, el derecho que provisoriamente se le ha reconocido, en espera de la providencia principal,

La diferencia entre estos dos tipos de peligro, a los que corresponden, como hemos indicado, diversos tipos de providencias cautelares, resulta evidente de un ejemplo práctico¹. Si el titular de un crédito,

1. Esta diferencia esté señalada con gran claridad y eficacia, aunque bajo un ángulo visual demasiado elevado, por GÜTHE, escrito citado, el cual cuidadosamente distingue, con abundancia de ejemplos prácticos, los casos en los que las

que no se siente en modo alguno perjudicado por el hecho de haber de esperar largo tiempo la satisfacción de su crédito, teme que durante la espera su deudor se deshaga de todas sus sustancias mobiliarias, en forma que haga prácticamente vana la ejecución forzada que pueda intentarse contra él dentro de algún tiempo, buscará auxilio contra este peligro, en el secuestro conservativo. Pero si el acreedor, por particulares razones de necesidad (porque, supongamos, ha quedado reducido a la miseria y encuentra en el cobro de su crédito la única esperanza de sostenimiento), teme el daño acaso irreparable que se le derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho, no lo protegerán contra este peligro las medidas cautelares que únicamente estén dirigidas a tener en reserva para el día de la ejecución forzada los bienes del deudor, necesitando, en cuanto el derecho positivo las prevea, medidas cautelares aptas para acelerar la ejecución forzada. En el primer caso el acreedor está dispuesto a esperar, pero quiere estar seguro de que su espera no será vana; en el segundo caso, aun teniendo la seguridad de poder encontrar en el patrimonio del deudor, después de un cierto período de espera, los medios para satisfacerse, quiere, sobre todo, escapar a los daños que se le derivarían de tal espera, al final de la cual la providencia principal, aun siendo objetivamente eficaz, llegaría demasiado tarde para poderle ayudar.

Es fácil comprender la diversidad de presentación de la instrumentalidad de la providencia cautelar en estos dos casos: en ambos la providencia sirve para asegurar la eficacia práctica de la providencia principal, pero mientras en el primero esta eficacia práctica está considerada bajo un aspecto objetivo y directo (conservación de los bienes que deben subsistir para que produzca su fruto la ejecución forzada), en el segundo caso está valorada desde un punto de vista **subjetivo e indirecto**, poniendo en relación los efectos de la providencia principal con la situación personal de necesidad del reclamante, en vista de la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar subjetivamente tan inútil como una ejecución forzada infructuosa por la falta de bienes contra los cuales dirigirse³.

providencias cautelares tratan de asegurar la satisfacción del derecho (contra el peligro de que el derecho no resulte satisfecho) de los casos en que tratan de evitar el retardo del cumplimiento (contra el peligro de que el derecho sea satisfecho demasiado tarde); consúltense especialmente las págs. 315-362 de dicho escrito.

2. Ya se ha visto que las providencias dirigidas a anticipar la satisfacción del derecho no son consideradas como cautelares por CEISTOPOUNI, por BETTI ni por ALLORIO, citados en nota pág. 14 del cap. III.

19. — La instrumentalidad de las providencias cautelares determina que su emanación (excluidas, por las razones que vamos a decir, las comprendidas sub *a*) presuponga un cálculo preventivo de probabilidades acerca de cuál podrá ser el contenido de la futura providencia principal.

Este carácter no se puede encontrar en las providencias cautelares dirigidas al aseguramiento de las pruebas, porque, encaminándose las mismas a preparar elementos instructorios que deberán después ser utilizados para la formación de una providencia principal, la utilidad de tal preparación se manifestará, cualquiera que pueda ser después, a base de los elementos recogidos, el contenido de aquella providencia. El testimonio obtenido por medio del examen a perpetua memoria conseguirá igualmente su finalidad de cooperar a la justicia de la providencia principal aunque proporcione elementos de hecho contrarios al interés de quien la ha hecho practicar; tampoco el juez que admite esta providencia instructoria cautelar lo hace en previsión de que la providencia principal pueda resultar después favorable a quien ha solicitado el aseguramiento de la prueba, ya que ésta se halla destinada a dejar sentir su utilidad en un momento necesariamente anterior a la emanación de la providencia principal. Si se realiza aquí un cierto examen anticipado es únicamente en relación al extremo de la admisibilidad de la prueba ("el presidente o la autoridad judicial, reconocida la urgencia, admite el examen pedido, ***siempre que la prueba testimonial no se halle prohibida absolutamente por la ley***", dice el párrafo del art. 251 del Cód. de Proc. Civ.), pero aun este mismo aspecto queda reservado, para un examen a fondo, al juicio ordinario de cognición; y en relación al mérito falta absolutamente toda investigación, aun la superficial y sumaria.

En todas las otras providencias cautelares, por el contrario (letras *b, c, d*), el requisito de la urgencia y del *periculum in mora* se valora ***tomando por base la hipótesis*** de que la providencia definitiva deba dictarse en sentido favorable a quien solicita la medida provisoria. Para conceder el secuestro conservativo, el juez debe considerar verosímil que el crédito alegado por el solicitante subsista (***fumus boni iuris***) y que, por lo tanto, sea probable la emanación de un título ejecutivo a su favor; si el presidente, en el caso del art. 808 del Cód. de Proc. Civ., asigna el hijo a la madre en lugar de asignarlo al padre, lo hace porque un cálculo preventivo de probabilidades lo lleva a considerar que en la sentencia definitiva de separación también el tribunal decidirá en este sentido; el pretor, conociendo de la denun-

cia de obra nueva, no ordenaría en vía provisoria la suspensión inmediata de la obra iniciada si se inclinase a creer en la existencia de mayores probabilidades de que el nuevo pronunciamiento definitivo reconociese la legitimidad de proseguirla. En todos estos casos el peligro se valora necesariamente en previsión y en función de una providencia principal **de contenido determinado**: si toda providencia cautelar puede considerarse como la **anticipación** de ciertos efectos (decisorios o ejecutorios) de la futura providencia principal, es evidente que el juez llamado a disponer en sede cautelar estos efectos anticipados, debe **prever** cuáles podrán ser los efectos definitivos de la providencia principal, de la que la medida cautelar constituye casi un anuncio y una vanguardia. El daño, en evitación del cual se concede la medida provisoria, subsiste solamente en cuanto se prevé que el retardo de la providencia definitiva pueda impedir o disminuir la satisfacción de un derecho (daño **jurídico**); pero si ya a través de este superficial examen preliminar todo deja prever que en el juicio principal de mérito el pretendido derecho se demostrará inexistente, se debilita con ello el requisito de la juridicidad del daño temido, y este cálculo de probabilidades sobre el éxito del juicio de mérito repercute necesariamente en la valoración de la oportunidad de la medida cautelar.

Finalmente, en el secuestro judicial previsto por el art. 1875 del Cód. Civ., al cual, por deberse resolver a favor de la parte vencedora cualquiera que sea, puede parecer extraña toda consideración preventiva referente al éxito del juicio definitivo*, la concesión de la providencia cautelar está, implícitamente pero necesariamente, basada en la previsión de que la parte solicitante tenga probabilidades de resultar victoriosa en el mérito; en ausencia de lo cual no existiría razón para proveer a conservar la cosa a favor de quien previsiblemente no podría nunca conseguir, en el juicio definitivo, el título para exigir su entrega.

De cuanto se ha dicho hasta ahora resulta que también las providencias del grupo *b*) aunque no decidan el mérito (n. 13), se basan, sin embargo, sobre una hipótesis referente al éxito del juicio principal sobre el mérito. Las providencias del grupo *c*) prevén el éxito del juicio principal para regular provisoriamente el mérito en

3. Véase CHIOVENDA, *Jst.*, I, pág. 251, n. 83 b); bajo este perfil CARNI LUTTI, *Lezioni*, II, n. 80, considera el secuestro judicial entre las medidas cautelares destinadas a asegurar la *igualdad de las partes*.

conformidad con aquella previsión; las providencias del grupo **b)** prevén el éxito de aquel juicio para predisponer su realización práctica.

Singularísima es a este respecto la función que, sobre esta apreciación del peligro en relación al previsible contenido de la providencia principal, tienen las **cauciones** (let. d): las cuales, para suavizar los inconvenientes que podrían derivar de errores de previsión, dan al juez la posibilidad de acordar en vía cautelar, junto a la medida dispuesta para la hipótesis de que la providencia principal sea favorable al solicitante, una contramedida destinada a funcionar en el caso de que la providencia principal le sea desfavorable. El secuestro conservativo, por ejemplo, que se concede **en previsión** de la subsistencia del crédito, puede ir acompañado de la imposición de una caución, ordenada **en previsión** de su insubsistencia: de este modo, cualquiera que pueda ser el resultado del juicio de mérito, la providencia cautelar encuentra siempre el medio para cooperar al buen éxito de la providencia principal: el juez, a través de esta posibilidad de una doble previsión, se encuentra exonerado de los riesgos que supone de ordinario el peligroso oficio de prever el porvenir.

La instrumentalidad, que es carácter genérico de todas las providencias cautelares, resulta así, en los grupos **b, c, d**, una **instrumentalidad hipotética**, las mismas funcionan como medios para asegurar la eficacia práctica de una providencia principal, en la hipótesis de que ésta tenga un determinado contenido concreto, del que se anticipan los efectos previsibles⁴.

20. — Hemos visto ya, desde el inicio de este estudio, que la providencia cautelar, en lugar de constituir un **tertium genus** contraponible a las providencias de cognición y a las de ejecución forzada, ofrece los caracteres generales de una providencia de cognición, susceptible de ejecución forzada.

Pero la cognición que precede a la providencia cautelar, tiene, dado el objeto a que la misma se refiere (y especialmente cuando se trate de providencias cautelares dotadas de instrumentalidad hipotética) ciertos caracteres procesales especiales, sobre los cuales conviene insistir brevemente.

En sede cautelar el juez debe en general establecer la certeza (en las diversas configuraciones concretas que estos extremos pueden

4. Véase GUIPT, *Sulla esecuzione promissoria* (Iorina, 1934), pág. 10.

asumir según la providencia solicitada) de la existencia del temor de un daño jurídico⁸, esto es, de la existencia de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización del daño derivable de la no satisfacción de un derecho. Las condiciones de la providencia cautelar podrían, pues, considerarse estas dos: 1' la existencia de un derecho; 2' el peligro en que este derecho se encuentra de no ser satisfecho.

A estos dos puntos debería referirse el conocimiento del juez en vía cautelar. Hemos visto ya que las providencias cautelares tienen su razón de ser en la celeridad con que pueden obviar el peligro en vía de urgencia, adelantando la providencia definitiva: si para emanar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud.

Para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la **apariencia del derecho**, que puede resultar a través de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria (**summaria cognitio**). Diremos, pues, que los extremos para obtener la providencia cautelar (condiciones de la acción cautelar) son estos dos: 1º **apariencia de un derecho; 2º peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho**.

21. — I) Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a **un juicio de probabilidades y de verosimilitud**. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: **solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad**. No existe nunca, en el

5. Véase CHIOVENDA, *Ist.*, I, 251.

desarrollo de la providencia cautelar, una fase ulterior destinada a profundizar esta investigación provisoria sobre el derecho 7 a transformar la hipótesis en certeza: ***el carácter hipotético de este juicio está intimamente identificado con la naturaleza misma de la providencia cautelar y es un aspecto necesario de su instrumentáldad.***

El día en que la existencia del derecho no sea 7a una hipótesis, sino una certeza jurídica, la providencia cautelar habrá agotado su cometido, porque cuando la declaración principal de certeza sobrevenga pueda comenzar a dejar sentir sus efectos, no habrá 7a necesidad de la anticipación provisoria de estos efectos que se había producido en espera de la providencia cautelar. No sólo, pues, no existe en el proceso cautelar una fase destinada a transformar esta hipótesis en declaración de certeza, sino que la existencia de una fase semejante estaría en absoluta oposición con la finalidad de este proceso: la providencia cautelar es, por su naturaleza, hipotética; 7 cuando la hipótesis se resuelve en la certeza, es señal de que la providencia cautelar ha agotado definitivamente su función (véase, además, el n. 28).

Sería, por tanto, absolutamente erróneo considerar la providencia principal, por lo que se refiere a la declaración de certeza del derecho; como una convalidación de la providencia cautelar: declarar de un modo definitivo la existencia del derecho quiere decir, más bien que convalidar la providencia principal, declarar cerrado su ciclo. La vida de la providencia cautelar está en todos los casos fatalmente ligada a la emanación de la providencia principal: si ésta declara que el derecho no existe, la medida cautelar desaparece, porque la apariencia en que la misma se basaba, se manifiesta como ilusoria; si, por el contrario, declara que el derecho existe, la medida cautelar no puede hacer otra cosa que dejar el puesto libre a aquellos efectos definitivos, las veces de los cuales ha hecho hasta ahora anticipadamente.

22. — II) Por lo que se refiere a la investigación sobre el peligro, el conocimiento en vía cautelar puede dirigirse a conseguir, ***dentro del mismo procedimiento cautelar y antes de que se dicte la providencia principal***, la certeza (juicio de verdad, no de simple verosimilitud) sobre la existencia de las condiciones de hecho que, si el derecho existiese, serían tales que harían verdaderamente temer el daño inherente a la no satisfacción del mismo.

Sin embargo, como también una cognición completa 7 a fondo sobre el punto exclusivo del peligro podría exigir una dilación incom-

patible con la urgencia de la providencia, la declaración de certeza del peligro puede obtenerse de diversas maneras, correspondientes a las especiales finalidades asegurativas a que cada tipo de medida cautelar debe servir.

a) En ciertos casos la declaración de certeza del peligro se realiza **de un modo pleno y profundo**, antes de la concesión de la medida cautelar: piénsese, por ejemplo, en el secuestro judicial previsto por el art. 921 del Cód. de Proc. Civ., cuando, según nos enseña la jurisprudencia dominante, se solicita mediante citación en las formas del proeaso ordinario; o también en el secuestro conservativo, en los casos en que el interesado, en lugar de utilizar el procedimiento especial de recurso, prefiera, y no está prohibido pedirlo mediante citación. Aquí la concesión de la providencia cautelar se basa siempre en un juicio de probabilidades, por lo que se refiere a la existencia del derecho, pero en cuanto a la existencia del peligro, y en general a la existencia de todas las circunstancias que pueden servir para establecer la conveniencia de la cútela pedida, está basada sobre un juicio de verdad, destinado (mientras las circunstancias no cambian; véase el art. 934 del Cód. de Proc. Civ.) a permanecer irrevocable. Si después, en el juicio de mérito, se declara que el derecho alegado no existe, la providencia cautelar desaparecerá al caer la hipótesis sobre la que estaba basada, pero no porque el juez del mérito pueda volver a examinar por su cuenta el extremo del peligro, la declaración del cual debe considerarse agotada en sede cautelar. Análogo razonamiento se puede repetir en cuanto a la cláusula de ejecución provisoria {art. 363, ns. 2-9, y art. 484 del Cód. de Proc. Civ.}, y en cuanto a la declaración de quiebra pronunciada en el juicio ordinario, previa citación del deudor. Se comprende que cuando la declaración de certeza del peligro tiene lugar, como en los casos antes indicados, en el juicio ordinario, serán aplicables en relación a este extremo todos los gravámenes que el proceso ordinario consiente: esto es, se podrán utilizar impugnaciones en los diversos grados, nuevo examen de la sola acción cautelar (caso típico es el de la **inhibitoria**, art. 484 del Cód. de Proc. Civ. en el que se da un juicio de apelación sobre la legitimidad de la providencia cautelar, esto es, de la cláusula de ejecución provisoria).

23. — b) Otras veces la declaración de la certeza del peligro se realiza, dentro del procedimiento cautelar, **en dos tiempos**: eonoci-

6. Véase Casación 6 junio 1031, en *Mass. Toro it.*, 1931, col. 435.

miento sumario en el primer tiempo, ordinario en el segundo. Es éste el caso típico del secuestro conservativo pedido mediante recurso, en el cual, mientras el decreto que concede el secuestro *inaudita altera parte* se dicta "previas, si proceden, informaciones sumarias", (art. 925 del Cód. de Proc. Civ.), esto es, a través de una cognición superficial a base de las pruebas atenuadas de verosimilitud⁷, en el juicio sucesivo de convalidación que ha de seguir inmediatamente a tenor del art. 931 del Cód. de Proc. Civ. debe declarar, en juicio contradictorio con el secuestrado y a través de una instructoria regular, si existe en realidad el estado de peligro que es necesario para la confirmación del secuestro⁸. "Puede darse así — como enseña **CHIOVENDA**⁹ — un doble juicio *provisorio*": el decreto que concede el secuestro está sujeto al juicio de convalidación y se revoca si la investigación a fondo demuestra que el peligro, considerado verosímil a través de la primera investigación sumaria, es, en realidad, inexistente; pero, a su vez, la sentencia emitida en el juicio de convalidación puede desaparecer si en el juicio de mérito se establece que no existe el derecho.

Pero es fácil darse cuenta de que cuando se habla de "doble juicio provisorio", *se emplea la palabra provisoriedad*, como ya se ha puesto de manifiesto a su tiempo (ns. 3-5) *en dos sentidos diversos*. El decreto que concede el secuestro *inaudita altera parte* es provisorio, porque está sujeto a nuevo examen sobre el extremo de la existencia del peligro; la sentencia que convalida el secuestro es provisoria porque es *instrumental*, esto es, porque está destinada (como todas las providencias cautelares) a valer hasta tanto que se dicte la providencia principal. La relación que tiene lugar entre el decreto de secuestro y la sentencia de convalidación es, pues, similar a la que se establece entre la declaración de certeza con predominante función ejecutiva y la fase sucesiva de cognición ordinaria, durante la cual se examina, con investigación a fondo, la misma relación controvertida ya en el primer procedimiento con cognición sumaria; la relación

7. No con exactitud, a mi entender, ALLORIO habla aquí (escrito cit. p/ig. 22) de *medida puramente ejecutiva*; siendo así que se trata de una providencia de *cognición sumaria*.

8. Nótese que en el juicio de convalidación la cognición ordinaria y a fondo se refiere al solo extremo del peligro, pero no al extremo del derecho, que es materia propia del juicio de mérito. Aunque en el juicio de convalidación el tribunal examine el *fumus boni iuris*, lo hace siempre en vía de hipótesis, con un juicio de probabilidades que, aun cuando más aproximado que el juicio urgente realizado en la fase de recurso, contempla solamente la verosimilitud, no la certeza; véase, en cuanto al secuestro, CONKIJJO, obra citada, n. 181, pág. 437.

9. *Ist.*, I, pfig. 252.

que tiene lugar entre la sentencia de convalidación del secuestro y la sentencia definitiva que decide sobre el crédito es, por el contrario, aquella, ya conocida de los lectores de este estudio, de instrumentalidad, que es propia únicamente de las providencias cautelares: la cual no impide que la providencia cautelar gane la categoría de cosa juzgada como decisión sobre la acción cautelar y se convierta en irrevocable, *rebus sic stantibus*, en cuanto al extremo de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para conceder, en espera de la providencia sobre el mérito, la medida cautelar pedida (véase el n. 27). Se tienen, pues, aquí, dos providencias sobre la acción cautelar: una provisoria (decreto) y otra (sentencia de convalidación) definitiva *en sentido propio*; pero la providencia definitiva cautelar está a su vez destinada a valer hasta que se dicte la providencia principal *sobre el mérito*.

Análogo razonamiento se puede repetir para la sentencia declarativa de quiebra, emanada en las formas del Código de comercio (véase, más adelante, el n. 37).

24. — c) Finalmente, hay casos en los que, aun cuando la cognición sobre la acción cautelar tenga lugar en *via sumaria* (por ej. art. 808 del Cód. de Proc. Civ.; arts. 698 y 699 del Cód. Civ.), no va seguida de una fase ulterior, en la que, antes e independientemente de la emanación de la providencia principal, se vuelva a examinar con cognición a fondo la existencia de los extremos de la medida cautelar. En este caso, si antes de dictarse la providencia principal sobre el mérito se verifican nuevas circunstancias, se podrá recurrir nuevamente a la autoridad que ha emanado la providencia cautelar, a fin de que, a base de una nueva cognición sumaria, la modifique y, si procede, la revoque; pero no existe la posibilidad de un nuevo examen encaminado a obtener, sobre los mismos extremos la verosimilitud de los cuales se ha reconocido sumariamente, la certeza que se alcanza, por ejemplo, mediante el juicio de convalidación del secuestro conservativo.

Se suele decir que en estos casos la investigación a fondo sobre el peligro queda reservada al juez de mérito: pero me parece que esta enseñanza no tiene presente que con la emanación de la providencia definitiva de mérito el *periculum in mora*, y por tanto la función de la providencia cautelar, cesan; de manera que en el juicio de mérito el único punto sobre el cual se desarrolla la cognición ordinaria es siempre (y lo mismo podría decirse también en el caso previsto en cuanto al secuestro por el último párrafo del art. 931 del Cód. de Proc. Civ.),

el de la existencia del derecho, no el del peligro, constituido por el retardo de la providencia principal que a su tiempo ha justificado la concesión de la medida cautelar.

A diversa conclusión parece, a primera vista, prestarse el procedimiento de las denuncias de obra nueva y de daño temido, respecto de las cuales el extremo del peligro, después de haber sido examinado sumariamente en sede cautelar, es objeto nuevamente de examen en el juicio definitivo sobre el mérito¹⁰. Pero es fácil darse cuenta que en estas denuncias el peligro que es objeto de examen en el juicio de mérito *no es el mismo* que se examina superficialmente en el juicio cautelar. En las denuncias de obra nueva y de daño temido se encuentra esta especialísima característica: que el juicio definitivo sobre el mérito contempla la declaración de un peligro que amenaza un derecho del reclamante, y la determinación de las medidas más aptas para eliminarlo; y la sentencia que se pronuncia en esta fase definitiva tiene naturaleza *preventiva*, en cuanto provee a impedir, antes de que ocurra, el daño que derivaría de la violación de un derecho. Pero este peligro que amenaza el derecho del reclamante, y a eliminar el cual se provee definitivamente en el juicio de mérito, no debe confundirse con el *periculum in mora*, que es condición para la emanación de la medida cautelar: la función de ésta es neutralizar el daño que podría derivar del retardo de la providencia principal, y por tanto el problema que el juez debe plantearse en sede cautelar, para reconocer la existencia del *periculum in mora* que lo autoriza a proveer interinamente, no es el de examinar si el derecho del reclamante está en peligro, sino el de ver si este peligro sería susceptible de agravarse e incluso de transformarse en daño irreparable, cuando, para determinar las medidas más aptas para prevenirlo, se hubiese de esperar hasta la emanación de la providencia principal. Así, pues, en este caso, si también la providencia principal de mérito, tomada como base de la cognición ordinaria, tiene la finalidad de prevenir un peligro que gravita sobre el derecho (prueba típica de la ya señalada falta de coincidencia entre la tutela preventiva y la tutela cautelar), el carácter instrumental que distingue las providencias cautelares se encuentra solamente en la providencia sumaria; porque ésta se dirige no a eliminar definitivamente el peligro que amenaza el derecho, sino a eliminar interinamente el pe-

10. CHIOTXNDA, *Itt.*, I, p. 255, enefia, m ensato a la denuncia de daño temido, que en el juicio de mérito se procede definitivamente "examinando * fondo el derecho a la po*efi6n del actor, la efectividad del peligro, etc."

ligro que derivaría del retardo de la providencia de mérito, que deberá después proveer a eliminar definitivamente el peligro que se refiere al derecho.

25.— Lo que llevamos dicho hasta ahora nos permite establecer con seguridad este principio: que no tomándose nunca en consideración, dentro del juicio principal, la existencia de las condiciones de la acción cautelar (apariencia del derecho; estado de peligro del derecho aparente), ya que el juicio principal tiene su origen *en una acción diversa*, no se puede, por tanto, considerar la providencia que declara la inexistencia del derecho principal como declaración retrospectiva de la inexistencia de una de las condiciones de la acción cautelar, y, por tanto, como revelación de la *ilegitimidad* de la medida cautelar concedida y actuada. Téngase presente que la acción cautelar tiene como condición no la existencia del derecho, sino la *apariencia del derecho*: y que, aun cuando el juicio sobre la acción cautelar se desarrolla con la garantía de la cognición ordinaria (como ocurre, por ejemplo, en el juicio de convalidación del secuestro), esta cognición, aunque sea plena y a fondo, no va más allá, por lo que se refiere al derecho principal, de la simple hipotética apariencia. Esto significa que, una vez considerada tal apariencia, la acción cautelar está, sin más, en relación al peligro, plena y definitivamente fundada; y si después, en el juicio principal, se estableciera que la apariencia, antes tomada en consideración, del derecho no corresponde a la existencia del mismo, esto serviría para demostrar que es infundada la acción principal (entre las condiciones de la cual figura precisamente la de la existencia del derecho), pero no para demostrar retroactivamente la falta de fundamento de la acción cautelar y la ilegitimidad de la medida cautelar, la cual, como se ha dicho, tiene precisamente el oficio normal y fisiológico de proveer interinamente *mientras el derecho es todavía incierto* (supuesto, pero incierto) y de permitir así que el juicio principal, encaminado a eliminar tal falta de certeza, se desenvuelva sin precipitación. Si la medida cautelar tiene como condición la *falta de certeza del derecho* (si el derecho fuese cierto, se podría recurrir directamente a la ejecución ordinaria), esto es, una situación de duda, que puede resolverse en dos diversos sentidos, sería una petición de principio considerarla *a posteriori* ilegítima, sólo porque, en el juicio principal cuyo tranquilo desenvolvimiento asegura para toda eventualidad, la hipótesis llegue, después, a resolverse en sentido negativo. Sería como si en un caso clínico todavía dudoso y

en el que solamente largos análisis podrían poner de relieve con seguridad la presencia de una cierta infección específica, se consideras« errónea la aplicación, hecha sin retardo por el médico, de una cierta cura inmunizante, eficaz solamente si se realiza en forma preventiva e inmediata: es cierto que, si después de largos análisis, se comprueba que la temida infección en realidad no existe, la cura preventiva se manifestará como inútil, y hasta puede ser que, por las reacciones que la acompañen, dañosa; pero el daño que se hubiera producido si, existiendo la infección, la cura inmunizante no hubiera sido inmediatamente aplicada, habría sido mucho mayor; y entonces, verdaderamente, habría errado el médico si, por no correr el riesgo de verse desmentido por el argumento fácil de lo descubierto después, se hubiese abstenido de prescribir a tiempo la cura preventiva que podía, en la hipótesis de infección, salvar al enfermo.

También en las medidas cautelares existe, análogamente, un cierto riesgo, inherente precisamente al estado de falta de certeza del derecho, que justifica la providencia de urgencia; y si posteriormente aparece que el derecho principal no existe, y que, como consecuencia, la aplicación de la medida cautelar ha sido inútil y acaso ha perjudicado injustamente al pretendido deudor, éste tendrá derecho al resarcimiento de los daños no ya porque la providencia provisoria haya sido emanada ilegítimamente a favor de quien estaba desprovisto de acción cautelar, sino porque toda acción cautelar, que tiene entre sus condiciones la apariencia y no la existencia del derecho, lleva consigo un cierto margen de error, que constituye por decirlo así el precio de la rapidez y que debe naturalmente recaer sobre quien se favorezca con esta rapidez.

Diverso es el caso cuando el juicio sobre la concesión de la medida cautelar, esto es, la cognición sobre la existencia de las condiciones de la acción cautelar, se desarrolla en dos fases, una primera sumaria y una segunda ordinaria (como ocurre, por ej., en el procedimiento de secuestro conservativo: n. 23); en este caso, si el secuestro concedido a base del recurso es revocado en el juicio de convalidación, quiere decir que se reconoce que el mismo había sido ordenado sin que concurrieran las condiciones necesarias para ordenarlo, esto es, ilegítimamente; y la revocación de la medida cautelar antes concedida significará precisamente reconocimiento de su ilegalidad.

Estas observaciones pueden acaso llevar a que uno se pregunte si se puede colocar en el mismo plano la responsabilidad del secuestrante cuando el secuestro, en sede de convalidación, ha sido reconocido "sin Causa" (esto es, falta de las condiciones propias de la medida cautelar

apariencia de derecho y peligro), y la del secuestrante que, después de haber obtenido en sede cautelar la convalidación del secuestro y con ésta la definitiva declaración del fundamento de la acción cautelar, sucumbe en el juicio principal sobre el mérito. En realidad, la responsabilidad (aunque se la quisiera considerar bajo el perfil de la culpa) asume en los dos casos una intensidad bien diversa: en el primer caso el secuestrante es responsable por haber ejecutado a cargo del secuestrado una medida cautelar sin tener derecho para ello, cuando el carácter sumario de la investigación previa a la concesión del secuestro dejaba todavía reservado a la fase de convalidación la investigación a fondo sobre la existencia de tal derecho (acción cautelar); en el segundo caso es responsable solamente por haber ejecutado, de conformidad con una acción cautelar reconocida definitivamente fundada, una providencia, que, por su naturaleza instrumental, llevaba en sí un cierto riesgo de error. Por esto me parece que, si la tendencia de la jurisprudencia, enérgicamente contrastada por la doctrina, a hacer entrar la responsabilidad del secuestrante bajo los principios comunes de la responsabilidad por culpa, puede encontrar alguna justificación en el primer caso (en el que verdaderamente la ejecución de una medida cautelar por parte de quien resulta después desprovisto de acción cautelar, se puede, con cierto esfuerzo dialéctico, configurar como un acto, podríamos decir, retroactivamente ilícito), carece, en cambio, absolutamente de ella en el segundo caso, en el que la responsabilidad del secuestrante no puede racionalmente concebirse más que como un caso de responsabilidad objetiva, conexa al riesgo que es inherente a la necesaria instrumentalidad hipotética de una providencia cautelar, en sí misma plenamente legítima ¹¹

26. — Repetidamente hemos ya aclarado que la tutela cautelar no constituye un *tertium genus*, contrapuesto a la tutela declarativa y a la ejecutiva: y que si se prescinde del carácter de *instrumentalidad* que atiende a la finalidad y no al contenido de la providencia, las providencias cautelares pueden, por su contenido, encontrar su casilla sis-

11. Sobre la responsabilidad por los daños derivados de la ejecución de medidas cautelares después revocadas, véase CHIOVENDA, *Ittitvaioni*, I, n. 81; CONIOLIO, *Sequestro*, II, cap. XXII; OABNELUTTI, en *Biv. dir. proe. eiv.*, 1925, II, págs. 185 y sigs., y en *Studi di dir. proc.*, II, págs. 319 y sigs.; ALLOMO, escrito citado, págs. 10-11 de la edición separada (quien entiende, de acuerdo con Oro, que la responsabilidad por la ejecución de una providencia cautelar después revocada en sede de mérito se explica "orno responsabilidad por haber ejercitado la acción cautelar, que él concibe en sentido abstracto, sin tener el derecho *nutaneial oovtelar*, que cree poder exhumar de nuevo)

temático* entre las providencias ordinarias de *cognición o de ejecución*, junto a los varios tipos que la doctrina distingue.

La mayor parte de las medidas cautelares de cognición tienen cabida en el tipo de providencia que la doctrina ha estudiado bajo la denominación de sentencias *constitutivas necesarias*¹². En la mayor parte de los casos, en realidad, los efectos de una medida cautelar no derivan de la declaración de certeza de relaciones *preexistentes* a la providencia, sino que nacen *ex novo* de la providencia misma que tiene por ello eficacia constitutiva. No existe, antes del decreto que concede el secuestro, una obligación del pretendido deudor de consignar los muebles al secuestratario, ni el secuestrante pide en sede cautelar la declaración y la satisfacción de un preexistente derecho subjetivo suyo al *secuestro* que haya quedado sin satisfacer por incumplimiento del deudor. En este sentido, CHIOVENDA enseña¹³ que la acción cautelar es *mera acción*, "porque existe como poder *actual* cuando todavía no se sabe si el derecho cautelado existe; y siendo así que el demandado no tiene obligación alguna de cautela antes de la providencia del juez"; en sentido análogo CAENILÜTTI asigna a la medida cautelar la función de dar a la litis una "sistematización de hecho"¹⁴, en cuanto la relación provisoria, constituida por ella en previsión de su coincidencia con la relación sustancial cuya certeza todavía no está declarada, puede revelarse que no corresponde a la verdadera situación de derecho sustancial, cuando en el juicio principal se demuestre que la previsión hecha por el juez en sede cautelar era equivocada¹⁵.

Sin embargo, si en la mayor parte de las providencias cautelares nos encontramos frente a casos evidentes de sentencias constitutivas¹⁶, me parece que no se debe excluir la posibilidad de medidas cautelares eo-

12. Véanse mis *Studi*, vol. II, pág. 335; y CONIQUO, *Bequestro*, n. 188; KLSCH, *Beiträge i. UrteUslehre*, (Leipzig, 1903), pág. 162.

13. *It.*, I, pág. 24, let. d; y pág. 250.

14. *Letioni*, II, pág. 86.

15. En sentido diferente AIAOBIO, quien, en su escrito varias veces citado, entiende que las providencias cautelares, más bien que efecto de "pura acción", no son otra cosa que la declaración de la certeza o la ejecución de un preexistente derecho subjetivo *sustancial* de cautela, esto es, de un derecho a la sanción cautelar acompañatorio de todo derecho subjetivo sustancial, entendido como derecho a la sanción principal. Me considero exento de repetir los argumentos por los cuales hace tiempo que la predominante doctrina italiana y alemana ha superado esta vieja teoría: véase en cuanto a ellos CONIOLIO, *Bequestro*, págs. 69-70 y los otros autores citados por el propio ALLOMO en la pág. 12 de su trabajo; y DIANA, escrito cit., pág. 210, nota 1.

16. De *declaración constitutiva* habla CAENILÜTTI, *Letioni*, II, pág. 103.

rrespondientes a un diverso tipo de sentencia. Si se incluyen entre los procedimientos cautelares la querella por falsedad y la verificación de escritos en vía principal, deberemos admitir que, al menos en estos casos, la medida cautelar tiene los efectos de una sentencia de mera declaración de certeza. En otros casos la providencia cautelar puede tener, si no en el nombre, desde luego en los efectos, el contenido de una verdadera y propia condena ¹⁷; no sólo porque se producen medidas cautelares (piénsese en el decreto que concede el secuestro) las cuales, aun no basándose en la declaración de certeza de una obligación sustancial preexistente al proceso y de un incumplimiento de la misma, crean, sin embargo, la **sujeción** a la ejecución forzada que, según algunos ¹⁸, es el elemento típico de la condena; sino también porque ciertas providencias cautelares crean, más bien que una sujeción procesal, una relación obligatoria de carácter provisorio que llega a ser susceptible de ejecución forzada sólo cuando la parte, a cargo de la cual se impone la obligación, no la cumple voluntariamente. Véase, por ejemplo, el último párrafo del art. 940 del Código de Proc. Civ., según el cual "si el pretor ha prescrito la suspensión de la obra denunciada **y la parte no obedece**, puede ordenar que las cosas se reduzcan a su primitivo estado"; aquí, más bien que una sujeción (procesal) cautelar, la providencia del pretor crea una **obligación cautelar** (de no hacer), el incumplimiento de la cual produce en un segundo tiempo la sujeción a la ejecución forzada de la parte que no cumplió.

Como verdaderas y propias sentencias de condena se pueden presentar de un modo especial las providencias cautelares del grupo **c**, las cuales consisten, como se ha visto, en la anticipación de los efectos decisorios de la providencia principal: en todos los casos en los que la providencia principal se anuncie como sentencia de condena, también la providencia cautelar que está destinada a anticipar sus efectos funcionará, aunque no contenga la palabra condena, como **condena anticipada** (la providencia por la cual el presidente del tribunal **ordena** a un cónyuge que pase alimentos al otro mientras esté pendiente el proceso de separación, tiene el mismo contenido que la sentencia de separación que contiene la condena a tal pensión). También en este caso se con-

17. En sentido contrario, de acuerdo con la especial concepción que tiene de la condena como constatación del acto ilícito, CAKNEUTTI, *Lerioni*, II, 105; véase también, sobre la especial categoría de las *Anordnungsurteile*, KUTTNBK, *Urteilswirkungen außerhalb des Zivilpr.* (München, 1914), págs. 21 y sigs.; y OoiDSCHMimr, *Zivüpr.*, § 15 a.

18. Véase mi escrito *La condena*, en *Stud*\, III, pfigs. 179 y sigs.

templa la constitución **ope iudici*** de una obligación cautelar que, cuando no la satisface espontáneamente, se transforma en sujeción procesal; lo que demuestra que entre las providencias constitutivas **7 lam** providencias de condena no se puede señalar siempre una neta contraposición, en cuanto pueden existir sentencias constitutivas (que no declaren la certeza de relaciones preexistentes, sino que creen **ope «idicù** nuevas relaciones) las cuales, al mismo tiempo, sean sentencias de condena (en cuanto su efecto constitutivo es precisamente el de crear una obligación y, unido a ella y para la hipótesis de incumplimiento, el título para su ejecución forzada) ^w. Una especial mención merece a este respecto la cláusula de ejecución provisoria: la agregación de la cual determina que la sentencia apelable de condena, a la cual se agrega, opere como la suma de dos providencias idénticas en el contenido (ambas de condena), pero diferenciadas por el momento de inicio de los efectos, cualitativamente coincidentes ^m. La agregación de la cláusula de provisoria ejecutoriedad viene, en otras palabras, a añadir a la condena de primer grado (que, como etapa del proceso principal, está condicionada suspensivamente a la pendencia del gravamen), una condena de igual contenido, la cual, en la hipótesis de que la sentencia de primer grado pueda consolidarse **7** convertirse en inmutable en el curso del proceso principal, anticipa los efectos que la condena principal conseguirá cuando alcance la categoría de cosa juzgada.

Una categoría especial tienen las providencias cautelares dirigidas a asegurar las pruebas a futura memoria (por ej., art. 251 del Código de Proc. Civ.), las cuales si, consideradas desde el punto de vista del proceso principal, tienen el carácter de **providencias instructorias anticipadas**, tienen en cambio, cuando se consideran en el terreno restringido del proceso cautelar separado en que son dictadas, el carácter de providencias **definitivas** (en el sentido propio de providencias que ponen fin al proceso cautelar), con eficacia **constitutiva** de los efectos de derecho probatorio que normalmente no podrían nacer de

19. L'osservazione di CABIBLUTTI, **g»eev*ione**, n. 117, de que la providencia cautelar no tiene otro objeto que la ejecución, en cuanto "servir de título ejecutivo no es una de sus funciones, sino su función exclusiva", verdaderamente justa en cuanto a las providencias cautelares (como el secuestro) de las cuales nace sólo una sujeción procesal, pero me parece que no lo es en cuanto a aquellas que, como en los ejemplos expuestos, tienen también el efecto de constituir verdaderas y propias obligaciones cautelares.

20. CHIOVENSIA, Ist., II, pág. 505: "...al valorar la condición de la sentencia sujeta a gravamen conviene distinguir netamente la sentencia como declaración de certeza del derecho y como declaración con predominante función ejecutiva.

otra manera que, a través de las providencias instrnctorias, en el ambiente del proceso principal.

27. — El carácter instrumental de las providencias cautelares aparece en toda su configuración típica cuando se trata de establecer los límites dentro de los cuales estas providencias de cognición tienen aptitud para alcanzar la categoría de cosa juzgada.

En términos prácticos el problema puede formularse así: puesto que en la mayor parte de los casos las medidas cautelares proveen a eliminar' el peligro mediante la constitución de una relación provisoria, preordenada al mejor rendimiento práctico de la futura providencia principal, se trata de determinar cuál es la **duración** de esta relación cautelar constituida **ope iudice**, o sea, en otras palabras, de determinar cuándo y cómo están destinados a desaparecer los efectos derivados de la medida cautelar. Se sabe, por ejemplo, que el secuestro quita provisionalmente al propietario la disponibilidad de las cosas secuestradas: **¿cuánto tiempo dura este estado de indisponibilidad creado por el secuestro?**

Para contestar a esta pregunta es preciso cuidar de no confundir, como puede fácilmente ocurrir, dos fenómenos que en las providencias cautelares se encuentran yuxtapuestos.

a) De una parte, las medidas cautelares, como providencias que dan vida a una relación **continuativa**, construida, por decirlo así, **a medida**, por el juez, según las exigencias del caso particular valorado, pueden estar sujetas, aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo. Esta **variabilidad** de las medidas cautelares en correspondencia con la variación de las circunstancias, no es un fenómeno exclusivo de las providencias cautelares: la doctrina conoce toda una categoría de sentencias constitutivas o determinativas (llamadas sentencias con la cláusula **"rebus sic stantibus"**²¹), cuyos efectos, no obstante haber alcanzado las mismas la categoría de cosa juzgada, pue-

21. Véase BOTTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legato di alimenti* (Camerino 1921); COSTA S., *Le sentenze civili con la clausola "rebus sic stantibus"*, en *Studi Senesi*, 1930; VASSALLI, *La sentenza condizionale*, (Roma, 1928), n. 45; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, (Milano, 1934). n. 6.

den ser modificados en todo tiempo por una nueva sentencia, cuantas veces se verifique una "mutación en las condiciones" de hecho (ej. art. 144 del Cód. Civ.) de la relación sustancial anteriormente decidida.

También las providencia« cautelares se pueden considerar como emanadas con la cláusula "*rebus sic stantibus*", puesto que las mismas no contienen la declaración de certeza de una relación extinguida *en el pasado* y destinada, por esto, a permanecer a través de la cosa juzgada, estáticamente fijada para siempre; sino que constituyen, para proyectarla *en el porvenir*, una relación jurídica nueva (relación cautelar), destinada a vivir y por tanto a transformarse si la dinámica de la vida lo exige ^a.

Por esto, siempre que una medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria (véanse los ns. 20 y 24), la misma autoridad que ha dictado la providencia podrá a través de una nueva cognición sumaria modificarla o revocarla, si mientras pende el juicio principal se han verificado nuevas circunstancias que aconsejen que no continúe la relación cautelar originariamente constituida (así, por ejemplo, el presidente, después de haber dictado las "providencias temporales", de que trata el art. 808 del Código de Proc. Civ., puede siempre, en virtud de recurso de una de las partes, introducir las modificaciones que las nuevas exigencias del caso aconsejen; lo mismo puede hacer, en mi concepto, el pretor, en materia de denuncia de obra nueva o de daño temido, cuando nuevas razones de urgencia le demuestren la insuficiencia o la inoportunidad de las providencias originariamente ordenadas). Pero esta variabilidad de la relación cautelar existe igualmente también cuando la providencia haya sido emanada a través de una cognición ordinaria, inicialmente o bien en vía de convalidación de una primera cognición sumaria: la categoría de cosa juzgada de la sentencia que convalida la concesión de un secuestro conservativo no impide que, sobreviniendo durante la tramitación del juicio principal nuevas circunstancias aptas para eliminar el peligro, pueda la misma autoridad judicial, que en un primer tiempo ha convalidado el secuestro⁸⁸, revocarlo por motivos sobrevenidos. La regla no se encuen-

22. Como se comprende, estas observaciones no son aplicables a aquellas providencias cautelares que se agotan en una simple declaración de certeza, como los pronunciamientos sobre querrela de falsedad o sobre la verificación de escritos en vía principal.

23. Se discute si la misma autoridad judicial delegada (presidente del tribunal o pretor) que ha concedido el secuestro a base de la cognición sumaria, puede en vía sumaria introducir modificaciones en él (por ej. imponiendo una caución al acreedor no impuesta en el decreto de secuestro); o bien si tal poder

tra formulada en forma general en nuestro derecho²⁴; pero puede deducirse de la disposición del art. 934 del Cód. de Proc. Civ., la cual, al establecer que el secuestro debe revocarse "si el deudor presta caución idónea por el valor de las cosas secuestradas", no excluye que tal caución pueda prestarse con este efecto en un momento posterior a haber adquirido categoría de cosa juzgada la sentencia de convalidación.

28.—b) De esta *variabilidad* por circunstancias sobrevenidas estando pendiente el juicio principal (que es fenómeno común a todas las sentencias con la cláusula "*rebus sic stantibus*"), se debe distinguir netamente otro fenómeno, que es exclusivo de las providencias cautelares, y que es una consecuencia típica de su instrumentalidad: la extinción *ipso iure* de sus efectos en el momento en que se dicta, con eficacia de sentencia, la providencia principal. Surgida para dar tiempo a nacer a la providencia principal a través de la larga gestación del proceso ordinario, y para desempeñar provisoriamente sus veces dentro del limitado campo en el que el retardo habría sido peligroso, la providencia cautelar vé, con el nacimiento de la providencia principal, agotada su función, cumplido su ciclo vital.

Puede parecer, a primera vista, que nos encontremos ante un caso de providencia *condicionada*; y es extraño que VASSALLI, que con tanta agudeza y diligencia ha pasado revista a los varios casos de sentencias agrupables bajo esta figura, no haya señalado las providencias cautelares, frente a las cuales, habiendo sido dictadas en la hipótesis de la existencia del derecho principal, puede creerse que la declaración de su inexistencia funcione como condición resolutoria. No ha faltado, en efecto, quien ha explicado (con un razonamiento que podría repetirse con poca diferencia para todas las medidas cautelares de los grupos *b*, *c*, *d*) como un fenómeno de condicionalidad la relación que tiene lugar entre la sentencia de convalidación del secuestro y la sentencia sobre el crédito; y ha definido la primera como condicional "en el sentido de que la sucesiva decisión de mérito, desfavorable al secuestro, hace desaparecer el estado de secuestro; o, lo que es lo mismo, la sentencia de mérito que declare la inexistencia del derecho por el cual

corresponde solamente al tribunal competente para conocer del juicio de convalidación: véase ANDRIOLI, en nota a la sentencia de 14 de mayo de 1935 de la Corte de Apelación de Roma, en *Foro it.*, 1935, I, 1, 1, 1247

24. Véase, en cuanto al derecho alemán. GOLDSCHMIDT. *Zivilprov.*, § 113, ns. 2 y 4 (§ 927 OPO).

se procedió ¿1 secuestro, *opera como condición resolutoria* de la de secuestro"²⁵.

En realidad, parece que nos encontramos ante el funcionamiento típico de una condición resolutoria, cuando se observa que, con la emanación de la providencia principal, la medida cautelar pierde *ipso iure* toda eficacia, *sin necesidad de un nuevo pronunciamiento que la revoque*. Hemos visto ya, en efecto, que el juicio principal sobre el derecho no se puede considerar (ni aun en los casos en que eso parecería sostenible: véase el n. 24) como un nuevo examen sobre la legitimidad de la medida cautelar: el *thema decidendum* del juicio principal es *diverso* del decidido en el juicio cautelar; la desaparición de la medida cautelar después del pronunciamiento de la providencia principal que declara la inexistencia del derecho, no se puede, pues, considerar como efecto de una sucesiva revocación, sino que aparece más bien como la consecuencia automática de la realización de un evento (providencia principal) que en el momento de la emanación de la medida cautelar ha sido previsto como posible en el porvenir y a la realización del cual ha estado ligada desde el principio la suerte de ésta. Lo que nos llevaría, precisamente, al concepto de condición.

Pero la inaplicabilidad de este concepto a las providencias cautelares deriva, en mi opinión, de otro orden de consideraciones, que es el siguiente. El pronunciamiento de la providencia principal funciona como causa extintiva de los efectos de la providencia cautelar no solamente cuando declara que el derecho en previsión de la existencia del cual ha sido emanada no existe, *sino también cuando declara que existe*; en efecto, si en el primer caso la providencia cautelar se extingue porque se comprueba que la hipótesis sobre la cual se basaba no era fundada, en el segundo caso se extingue igualmente como providencia cautelar (si bien convirtiéndose, en ciertos casos, en una providencia definitiva ejecutiva; véase el n. 29) porque en su lugar se coloca la providencia principal, por la cual desde ese momento en «delante (y no ya por la providencia cautelar) queda regulada la relación sustancial. Me parece que la doctrina no le ha dado hasta ahora a esta característica la importancia que merece; y sin embargo, si se la hubiera tenido presente, se habría visto con facilidad que la providencia cautelar no puede considerarse como condicionada resolutivamente a la declaración negativa del derecho principal, desde el momento en que la misma está destinada a extinguirse no sólo cuando

25. CONIOLIO, *Segttestro*, n. 189, y nota 1 en pág. 448.

la condición se verifica, *sino también cuando la misma no se verifica*, esto es, cuando la providencia principal declara la existencia del derecho del que la medida cautelar había declarado el simple *fumus*. Es absolutamente cierto (y sobre ello hemos insistido ampliamente en las páginas precedentes) que la providencia cautelar se basa sobre una *hipótesis afirmativa*, concerniente a la existencia del derecho, en armonía con la cual se plasma esa providencia, con objeto de facilitar y de asegurar la satisfacción de aquel derecho, la existencia del cual en sede cautelar se supone como probable; pero también es verdad que esta hipótesis, que opera en el momento de la concesión de la providencia cautelar, no repercute sobre la vida de la relación cautelar creada por ella, la cual está destinada a extinguirse igualmente cualquiera que sea el resultado del juicio principal: o sea, no sólo cuando de éste aparezca la falta de fundamento de la hipótesis *sino también cuando del juicio aparezca el fundamento de aquélla*.

Por esto me parece que la eficacia de la providencia cautelar no se puede tampoco hacer entrar en la figura del *fallo hipotético*, que recientemente CHIOVENDA ha expuesto con claridad en sus *Istituzioni*²⁶, y que se forma cuando el actor, aun afirmando tener un cierto derecho de mayor amplitud, cuya declaración de certeza se reserva pedir en sede separada, hace valer entre tanto, para la hipótesis, que niega, de que el derecho mayor no le competa, un derecho menor que en tal hipótesis le competería, y con el que por el momento se conforma²⁷. Las semejanzas que este fallo hipotético tiene con el fallo cautelar son evidentes: en ambos casos el fallo deja sin resolver una cuestión prejudicial y se basa, más bien que sobre la solución de la misma, *sobre la hipótesis* de que ha de tener una cierta solución; pero mientras el fallo hipotético está destinado a purificarse cuando en el juicio sucesivo la cuestión prejudicial reciba una solución conforme al contenido de la hipótesis, el juicio cautelar no se purifica nunca, porque, si en el juicio principal la hipótesis resulta infundada, la medida cautelar se extingue por estar basada sobre una previsión ahora desmentida por la realidad; si, viceversa, la hipótesis resulta fundada, la medida cautelar se extingue *porque ya resulta inútil*.

26. Vol. I, n. 38 al final (pág. 163) y n. 131.

27. En este caso, explica CHIOVENDA, *Int.* I, pág. 377, el actor tiene "interés en obtener la pronta modificación de una relación jurídica que tiene vigor de hecho, independientemente de la investigación más difícil sobre la validez de la relación misma".

Mejor que de fallo condicional o hipotético se debe, pues, en cuanto a las providencias cautelares, hablar de constitución, a los fines puramente procesales²⁸, de una relación a término (*die\$ certus an, mcertm guando*), la eficacia de la cual está destinada a cesar *ex se* en el momento en que entre en vigor la providencia principal. El fallo cautelar, «orno declaración de certeza de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la medida cautelar pedida, es en sí definitivo (como son definitivas, en cuanto son constatación de condiciones existentes, todas las declaraciones de certeza sobre las que se basa la constitución de una nueva relación jurídica sustancial destinada a durar en el porvenir *rebus sie stantibus*, véase anteriormente el n. 27); pero es temporal la regulación que se constituye a base de tal declaración definitiva. Se podría decir, en suma, que el fallo cautelar es la declaración definitiva de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes, para obtener la constitución *ope iudicis* de una relación jurídica a término, destinada a tener eficacia, *rebus sic stantibus*, hasta la emanación del fallo principal.

Conviene insistir, como final de esta investigación, sobre un punto que puede tener en ciertos casos gran importancia práctica: que con la emanación del fallo principal la medida cautelar pierde eficacia *ex se*, sin necesidad de una particular providencia de revocación; y si, en el caso de que surja discusión sobre la pretendida perduración de los efectos cautelares, aun después de la providencia principal, hay necesidad de recurrir nuevamente al juez para resolverla, éste deberá limitarse a declarar la extinción de los efectos cautelares *ya ocurrida ipso iure*. Es ésta una consecuencia, que me parece muy segura, de la función instrumental de estas providencias; no sé si la jurisprudencia y la doctrina han tenido siempre ideas claras sobre este punto²⁹: por lo que, con gran oportunidad, el *Proyecto* CARNELUTTI afirmó claramente este principio en el art. 327, el cual disponía que las providencias cautelares "tienen eficacia solamente mientras dura el proceso" (principal) y que "si la sentencia que decide la litis no contiene la revocación de la

28. Véase KISCH, *BeitrSge*, cit., págs. 162-163.

29. CONIOOO, *Sequestro*, cit., se limita a decir que, ~~la~~ la acción principal del secuestrante es rechazada "el secuestro se extingue", mientras que si es acogida "el secuestro ha alcanzado plenamente «sus efectos», y a la ejecución cautelar "se le imprime el carácter de ejecución con finalidad de realización" (págs. 472 y 478). En Germania, contra, la opinión del Tribunal del Imperio, la doctrina, bajándose es el § 927 CPO, considera que el secuestro no puede extinguirse sin una providencia especial de revocación: véase BOSSNEBO, *Lehrbuck*, 3* ed., pAg. 742; OKKTMÍ.NN, en HELLWIG, *System*, II, pág. 451.

providencia cautelar, ésta perderá en todo caso su eficacia cuando aquélla no esté ya sujeta a reclamación"⁸⁰.

29. — Al lado de la **cognición cautelar**, acerca de la que se ha discutido hasta ahora, se puede hablar de **ejecución forzada cautelar** en todos aquellos casos en que los efectos de la providencia cautelar no se agoten en la fase de cognición, pero requieran para su actuación una modificación del mundo externo, que ha de llevarse a cabo mediante una providencia ulterior, que se presenta como ejecución de la primera.

No todas las providencias cautelares son susceptibles de ejecución forzada separada: como, por ejemplo, las medidas cautelares que consisten en una mera declaración de certeza anticipada (declaración sobre la falsedad en vía principal) o las que, ordenando una variación de relaciones jurídicas que puede llevarse a cabo sin necesidad de modificar materialmente el mundo exterior, acumulan en sí, como hacen todas las sentencias constitutivas en sentido estricto, la propia ejecución (por ejemplo, la sentencia declarativa de quiebra, que determina el secuestro general del patrimonio del quebrado sin necesidad de especial aprehensión). En otros casos, la providencia cautelar es susceptible de ejecución solamente en sentido impropio⁸¹: cuando, por ejemplo, se trata de dar ejecución a la sentencia que admite el examen testimonial para futura memoria.

Pero, fuera de estos casos, se habla de una verdadera y propia **ejecución forzada cautelar** en el sentido de ejecución forzada de una providencia cautelar que tiene eficacia de título ejecutivo⁸²; pero no se debe creer que los medios procesales de que se sirve la ejecución cautelar sean (o sean siempre) diversos de aquellos de que se sirve la ejecución forzada ordinaria (que CARNELum ha llamado, en contraposición a la cautelar, **satisfactiva**) *M*.

A esté respecto, es preciso distinguir entre la ejecución forzada de las providencias cautelares del grupo *c*) y la de las providencias del grupo i). En cuanto a las primeras, el efecto de la providencia cau-

so. **Que la providencia cautelar pierda eficacia ex te**, «i dentro de un cierto término no ligue el juicio principal, está expresamente establecido en algunas leyes especiales: véase art. 68, párrafo último, de la ley sobre derechos de autor de 7 de noviembre de 1025 y el art. 246 del texto unificado de la ley municipal y provincial de 3 de marzo de 1934, n. 382.

31. CHIOVINDA, *Iti.*, I, p&g. 260, let. e; CARNELUTTC, *Esecutione*, I, n. 4.

32. CHIOVINO, *Itt.*, I, p&g. 288, n. 3; CAENXLUTTX, *Btecutione*, I, n. 177.

33. En *Siv. dir. proc. eiv.*, 1931, II, escrito eit., pág. 171.

telar consiste en anticipar provisoriamente la decisión de la relación controvertida y, por tanto, a través de la más diligente creación del título ejecutivo, en ***anticipar la posibilidad de proceder a la ejecución ordinaria***. Pero, una vez conseguida la finalidad cautelar a través de la aceleración del título ejecutivo, la ejecución forzada se desarrolla ***incluso en el fondo***, del mismo modo que se habría desarrollado si este título ejecutivo se hubiera conseguido de una manera irrevocable. Así pues, si el proceso cautelar conduce a un resultado diverso del consagrado en el título ejecutivo cautelar, la ejecución ya realizada aparecerá como ilegítima con todas las consecuencias que se verifican cuando, iniciada o terminada la ejecución forzada ordinaria, se extingue excepcionalmente (por ejemplo, por la utilización de un remedio extraordinario) el título ejecutivo sobre el cual aquélla se basaba; si, viceversa el proceso principal conduce a una decisión coincidente con la providencia cautelar, la ejecución llamada cautelar quedará firme en función de ejecución ordinaria, esto es, como ejecución definitivamente satisfactiva ⁸⁴.

Por el contrario, cuando se trata de la ejecución forzada de las providencias cautelares del grupo ***b)***, los medios ejecutivos pueden ser diversos de los de la ejecución ordinaria, en el sentido de que los actos constitutivos de la ejecución cautelar no tienden a alcanzar la misma meta última a que tiende la ejecución forzada ordinaria del derecho cautelado, sino que se detiene antes, en una etapa intermedia, en evitación de producir, mientras está pendiente el juicio principal, modificaciones irremediables en el patrimonio del deudor. La ejecución cautelar equivale, pues, en su totalidad, a una ***fracción*** de la ejecución ordinaria³⁹: la total ejecución cautelar consiguiente al secuestro se detiene en el punto en que se priva al presunto deudor de la disponibilidad de los muebles secuestrados (y a veces puede dar también un paso más: art. 930, párrafo último, del Cód. de Proc. Civ.); pero si después el juicio principal demuestra que el crédito existe, el secuestro se convertirá en pignoración, esto es, la ejecución cautelar ya perfeccionada ***valdrá como primera etapa de la ejecución satisfactiva***.

Todo lo que hemos dicho hasta ahora nos permite confirmar que, «n sustancia, en todas las providencias cautelares se encuentra un ***an-***

te. CHIOVENDA, *Principii*, pág. 220.

35. De *principio de ejecución* habla en este raso OARNEI.LUTTI, *Esruzione*, I, n. 177, pág. 247. Según ALJ. ORIO la ejecución cautelar, como ejecución de una sanción más ligera que la principal, ofrece siempre en relación a la ejecución ordinaria, un carácter más tenue en la práctica.

tiño hipotético de los efectos de la providencia (o del proceso: grupo **a) principal**: eu efecto, si en ciertos casos (grupo **c**) se encuentra un anticipo de los efectos decisorios y, por tanto, mediatamente, de la ejecución satisfactiva, en los otros (grupos **b, d**), se encuentra igualmente un inicio anticipado de ejecución satisfactiva en forma de ejecución cautelar.

CAPITULO IV

DIFERENCIAS ENTRE PROVIDENCIAS CAUTELARES E INSTITUTOS AFINES

SUMARIO — 30. Acciones posesorias: se excluye su pretendido carácter cautelar—
31. La llamada "provisional"; significados de esta expresión. — 32. Examen de las disposiciones contenidas sobre esta materia en nuestro derecho positivo: provisional en materia de alimentos y de juicio de resarcimiento. — 33. La "provisional" en las controversias de trabajo. — 34. Conclusiones. — 35. Diferencia entre providencias cautelares y providencias ejecutivas con función conservativa. — 36. Examen casuístico. — 37. Carácter cautelar de la sentencia declarativa de quiebra. — 38. Providencias sobre derechos cautelares preconstituidos. — 39. La acción revocatoria. — 40. Transcripción con finalidad cautelar. — 41. La hipoteca judicial. — 42. La condena "genérica" • los daños.

30.— Fijados así los más relevantes caracteres de las providencias cautelares, es oportuno hacer una reseña de algunos institutos, hasta ahora no mencionados, que en atención a su finalidad han sido considerados por algún autor, o podrían serlo, como incluidos en esta categoría.

Comenzamos por las **acciones posesorias**, en las cuales CABNELUTTI¹ ve un caso típico de "proceso cautelar".

Según su concepción, la tutela posesoria, regulada por los arts. 694 y 695 del Cód. Civ., debería considerarse, puesto que trata de asegurar provisoriamente el mantenimiento del estado de hecho en espera de la decisión definitiva sobre la relación jurídica controvertida (**petitoria**), una forma de tutela cautelar, absolutamente semejante, si no me engaño, a los casos que yo he clasificado anteriormente en el grupo c. La materia del juicio, o sea, para seguir la terminología de CARNELUTTI, el conflicto de intereses (**litis**) que el juez está llamado a regular, sería, tanto en el juicio posesorio como en el petitorio, **el mismo**; pero sería diversa en los dos casos la función del juzgador, el cual, mientras en el petitorio trata de establecer la certeza de la relación, en el posesorio se limita a una "sistematización de hecho" del mismo, o sea a una "sistematización provisoria, en espera, en cuanto

1. *Legioni*, II, n. 80.

persista la necesidad, de una declaración definitiva"¹. Tendría lugar de este modo, entre el juicio posesorio y el juicio petitorio, la misma relación que se produce entre el proceso cautelar y el proceso definitivo de mérito*.

No comparto esta opinión⁴; porque, aun admitiendo que no exista un derecho subjetivo a la posesión y que la acción posesoria sea, lo mismo que la acción cautelar, una mera acción⁵ dirigida no a declarar la certeza de una relación jurídica preexistente, sino a regular una relación de hecho con efectos constitutivos *ope iudicis*, no consigo ver en las providencias posesorias el carácter de *instrumentalidad* que, como entiendo, es esencial y distintivo de las providencias cautelares.

Indudablemente en los procedimientos posesorios se encuentran numerosos caracteres extrínsecos que pueden inducir al observador superficial a identificarlos con los procedimientos cautelares: la urgencia de la reintegración que, para ser eficaz, debe ser ordenada "a base de la simple notoriedad del hecho, sin dilación y con la mayor celeridad de procedimiento" (art. 696 del Cód. Civ.) nos sitúa frente a un proceso simplificado y a una cognición sumaria confiada al juez único, en todo similar* exteriormente, a algunos tipos de procedimiento que se encuentran en materia cautelar (especialmente al procedimiento de las denuncias de obra nueva y de daño temido). Dadas estas semejanzas de procedimiento (las cuales, por otra parte, se pueden encontrar en otros procesos de cognición sumaria, *que no tienen finalidad cautelar*, como son las llamadas declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva), puede parecer también a primera vista que la relación que tiene lugar entre la acción posesoria y la petitoria es análoga a la que tiene lugar entre la acción cautelar y la acción definitiva; pero basta reflexionar un poco para destacar diferencias esenciales en el juego recíproco de estas dos parejas de acciones, las cuales, no obstante las semejanzas formales, conducen a excluir toda posibilidad de identificación sistemática.

En realidad, la relación de instrumentalidad que tiene lugar entre la providencia cautelar y la providencia principal consiste, como ya sabemos, en esto: en que la providencia cautelar no es nunca fin en sí

2. Loe. cit., p&g. 92.

3. Loe. cit., p&g. 109.

4. De la misma opinión que expreso en el texto es BBTL, en *Biv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p&g. 214, nota 3; y, por motivos diferentes, ALLOKIO, escrito citado, p&g. 26.

5. CHIOVZDA, *Ist.*, I, p&g. 25, let. f.

misma, en cuanto tiene únicamente por objeto contribuir al mejor éxito de la providencia principal, ***en función de ésta y en la hipótesis de que la misma sea, a su tiempo, favorable a la persona que solicita entre tanto la medida cautelar.*** Al contrario, la tutela posesoria agota en sí la propia finalidad en cuanto se dirige a impedir las perturbaciones del estado de hecho y las reacciones individuales que aquéllas provocarían, considerándolas en sí mismas como amenaza a la paz social y como infracción del orden jurídico, ***y no en función del derecho que podrá después ser hecho valer en sede petitoria.*** En otras palabras, mientras la tutela cautelar se concede (y en esto consiste su instrumentalidad) a ***aquel que se prevé vencedor en el proceso principal,*** la tutela posesoria se concede al molestado o al despojado, por el solo hecho de la molestia o del despojo, sin examinar, ni siquiera en vía de hipótesis superficial, si tiene alguna probabilidad de resultar vencedor en la eventual fase petitoria. La providencia cautelar se dicta como tutela (mediata) de un derecho, ***en la suposición de que este derecho existe;*** la providencia posesoria se da para el mantenimiento o la reintegración de un estado de hecho, ***aun en la hipótesis de que este estado de hecho sea contrario al derecho.*** En un juicio de reintegración no favorece al autor del despojo demostrar, ni siquiera con pruebas terminantes, que es el propietario de la cosa y, por tanto, que es a quien en definitiva le corresponderá la posesión; aun en este caso la reintegración debe ser ordenada ***contra el propietario,*** esto es, para alcanzar un fin absolutamente opuesto al que el propietario podrá después alcanzar a través de la reivindicación de la cosa en sede petitoria. Si las acciones posesorias estuvieran, como están las providencias cautelares, dirigidas a anticipar en vía provisoria los efectos previsibles de la providencia principal, la demostración dada, aunque sea en vía sumaria, por el autor del despojo de ser el propietario de la cosa, debería bastar, a través de un cálculo de probabilidades, para dejarla en su poder hasta el final del juicio petitorio; por el contrario, aun en aquellos casos en que, a base de las pruebas ofrecidas sería fácil este cálculo superficial de previsión, la reintegración interviene igualmente, en sentido contrario a lo que se puede considerar el resultado probable del juicio petitorio y, por consiguiente, no contribuye a facilitar sino más bien, en cierto sentido, a dificultar la providencia petitoria. Mientras la providencia cautelar mantiene o crea un estado de hecho más idóneo para determinar el éxito práctico de la providencia principal, la providencia posesoria trata únicamente de mantener o de reintegrar el estado de hecho

preexistente, aunque el mismo pueda constituir un obstáculo para la satisfacción del derecho: tanto es así, que el propietario aun habiendo sido vencido en el juicio de reintegración, podrá después obtener, en previsión de la larga duración del juicio petitorio, una medida cautelar (secuestro judicial) que quite al poseedor la detentación de la cosa que la providencia posesoria le ha restituido; lo que demuestra, si no me equivoco, no solamente que la reintegración posesoria no tiene valor instrumental en sus relaciones con la reivindicación, sino que la medida cautelar apropiada a la reivindicación debe muchas veces, de una manera necesaria, destruir preliminarmente, para tutelar el derecho, lo que por la medida posesoria se ha operado para la reintegración de un estado de hecho **contrario al derecho**.

La providencia posesoria es pues una providencia en sí misma principal, en cuanto alcanza su finalidad de defender la posesión, como estado de hecho merecedor, ***ne cives ad arma veniant***, de ser tutelado en sí, independientemente de toda investigación sobre el derecho. Cuando se enseña que "el proceso cautelar ***no vive solo***", se dice una cosa exactísima, pero no adaptable, en mi concepto, al proceso posesorio, el cual, ***hasta cuando va seguido del proceso petitorio***, "está solo", en cuanto se propone impedir que alguien, para modificar un estado de hecho contrario al derecho, se haga justicia por su mano en vez de recurrir a la autoridad judicial, y le impide, utilizando un mecanismo procesal muy similar al del ***"solve et repete"***, recurrir a ella mientras no se restablezca el respeto al estado de hecho perturbado por él (art. 445 del Cód. de Proc. Civ.). De modo que, aun cuando el juicio petitorio no siga, la finalidad de pacificación social que el juicio posesorio se propone, se logra sin más a través del mantenimiento o a través de la reintegración; a diferencia de lo que ocurre si el juicio principal no sigue al juicio cautelar, el cual, si bien excepcionalmente, como **CARNKLUTTI** supone⁷, puede funcionar por sí solo como coacción psicológica suficiente para inducir al deudor al cumplimiento sin esperar la ejecución forzada, se revela también en eso como un instrumento para la satisfacción del derecho, lo que el juicio posesorio no es nunca frente a la acción petitoria.

31. — Se puede dudar si entre las providencias cautelares ha de enumerarse la llamada "provisional": expresión que si de un modo ge-

6. CARNKLUTTI, loc. cit., pfig. 107.

7. Loc. cit.

neral sirve para indicar todas las sentencias "que proveen sobre demanda de medidas cautelares o provisorias"⁸, sirve de un modo específico (y esta acepción más limitada se encuentra también en la ley: véanse, más adelante, los ns. 32-33) para designar la providencia mediante la cual el juez, mientras pende el juicio sobre la totalidad del crédito, condena al deudor a pagar entre tanto al acreedor un anticipo sobre la mayor suma que podrá resultar debida en la liquidación definitiva

La "provisional", entendida en este significado más restringido, se puede concebir teóricamente (sin perjuicio de indagar más adelante el modo en que la conciba nuestro derecho positivo) de dos modos diversos.

Se puede, ante todo, imaginar que, mientras pende o está por iniciarse el juicio ordinario de cognición sobre una acción de condena dirigida al pago de una suma de dinero todavía no liquidada, el estado de necesidad urgente en que se encuentra el acreedor (porque se trata, supongamos, de un crédito de naturaleza alimentaria, frente al cual tiene aplicación el principio de que *venter non patitur dilationem*) aconseje al juez, a reserva de decidir definitivamente, mediante cognición a fondo, la existencia y el monto del crédito (an *debeatur* y *quantum, debeatur*), ordenar mientras tanto al demandado, para evitar el peligro de que el actor sucumba en la demora del juicio, el pago inmediato y provisorio de un anticipo, establecido en la medida que, mediante un cálculo de verosimilitud, se pueda prever inferior a la mayor suma que probablemente resultará debida en el juicio definitivo. En tal caso la "provisional" asume indudablemente todos los caracteres de una verdadera providencia cautelar (grupo *c*): se pronuncia en vía de urgencia, para evitar los daños que derivarían del retardo de la providencia principal, y en la hipótesis, basada sobre cognición sumaria, de que esta providencia se pronunciará en sentido favorable al actor; a falta de lo cual el pago hecho a título de anticipo provisorio sobre el mayor crédito pretendido, se demostrará, en sede definitiva, *no debido*.

En segundo lugar, la provisional puede concebirse no como providencia provisoria cautelar, sino como pronunciamiento *definitivo*

8. CHIOVENDA, *Itt.*, II, pág. 352.

9. Véase CRISTOFORONI (que incluye la *provisional* entre las declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva) en *Processo d'ingiunzione*, pág. 11, nota 2; GATTI, en *Scuola positiva*, 1928, II, pág. 97 y sigs.; JAEGER, *Controversia ind. del lavoro*, 3ª ed., n. 158 y *Appendice*, n. 51.

parcial (*Teilurteil* del derecho germánico¹⁰) sobre la porción del crédito en torno a la cual el juez tenga ya elementos probatorios suficientes para decidir con conocimiento pleno, mientras sobre el resto de la demanda puede ser necesario el cumplimiento de actos ulteriores instructorios, en espera de los cuales la decisión definitiva sobre la parte que reste del crédito deba ser necesariamente diferida a un momento ulterior del mismo proceso o, incluso, a un proceso diferente. En este caso, a la sentencia llamada provisional le faltan los caracteres esenciales de la providencia cautelar y, sobre todo, el carácter hipotético que la distingue; en torno al extremo resuelto se forma una verdadera y propia declaración de certeza, idónea para alcanzar en sí y por sí la eficacia de la cosa juzgada e independientemente del resultado del juicio sobre los otros extremos reservados. Estamos, pues, de frente a una aplicación del principio según el cual el juez, en la cognición ordinaria, tiene el poder de pronunciarse con eficacia definitiva sobre los extremos ya maduros para decisión, y de aplazar la decisión sobre aquellos en torno a los cuales sea todavía necesaria la continuación de la instructoria

32. — ¡En cuál de estas dos formas debe ser concebida la provisional en nuestro derecho positivo! Indudablemente puede haber casos en los cuales, entre el daño que podría sufrir el titulado acreedor constreñido a no obtener la satisfacción del crédito hasta el pronunciamiento de la providencia definitiva, y el que podría sufrir el pretendido deudor constreñido a pagar antes de que exista contra él la declaración de certeza de la subsistencia del crédito, el primero se presente *a priori* como de mayor consideración que el segundo, hasta el extremo de aconsejar una medida cautelar que dé inmediata satisfacción a una parte de la demanda del actor, cuando todavía pende la cognición ordinaria sobre la totalidad de la demanda, y, por tanto, **sobre la parte de la misma que provisoriamente acoge la provisional.** Tal parece ser el caso de las provisionales en materia de alimentos, que nuestra jurisprudencia, siguiendo una larga tradición histórica basada sobre el principio *venter non patitur dilationem*, funda, con una cierta amplitud interpretativa, sobre el art. 145 del Cód. Civ., y sobre el n. 8 del art. 363 del Cód. de Proc. Civ.

10. Véase GOLDSCHMIDT, *Zivilpr.*, § 51, 3, págs. 158-159.

11. Véase CABANLUCCI, *Lesioni*, III, n. 278 (*processo parziale*); *Esecuzione*, I, págs. 231 y pág. 238.

12. Digo "con una cierta amplitud interpretativa", porque el art. 145, literalmente entendido, no consentiría a la autoridad judicial condenar al pago par-

De **provisional** se habla en la doctrina y en la jurisprudencia también en relación a otras dos disposiciones de nuestro derecho positivo: al art. 489 del Cod. de Proc. Pen., según el cual "si el juez penal considera que no puede decidir sobre la liquidación de los daños, está facultado para, en la misma sentencia de condena, asignar a la parte civil **una suma a imputarse en la liquidación definitiva**"; y el art. 18 del B. D. de 21 de mayo de 1934 n. 1073 sobre las controversias individuales del trabajo, el cual establece que "la sentencia definitiva puede sin embargo acordar **una provisional** a la parte que la haya solicitado. La provisional puede también acordarse durante el curso de la causa en la sentencia que declare la existencia del derecho aunque se limite a alguno de los extremos de la demanda. La sentencia apelable puede ser ejecutada sólo en lo que concierne a la provisional. No obstante, cuando exista peligro en el retardo, el juez puede disponer que la sentencia sea provisionalmente ejecutada a pesar de la apelación. Si se trata de condena al pago de una suma de dinero, la ejecución provisoria se lleva a cabo mediante depósito constituido en una oficina postal o en un instituto de crédito indicados en la sentencia misma".

En el art. 489 del Cód. de Proc. Pen. me parece que se puede excluir sin más que la asignación de la suma "a imputarse en la liquidación definitiva" tenga carácter de providencia cautelar: falta, en efecto, en este artículo, entre las condiciones exigidas para tal asignación, toda referencia a la necesidad del acreedor, que le dé el carácter de anticipación provisoria, no susceptible de dilación sin daño para el acreedor, y por esto basada sobre un juicio sumario de verosimilitud **más bien que sobre una declaración de certeza definitiva y completa**. En el art. 489 del Código de Procedimiento Penal, la frase "suma a **imputarse** en la liquidación definitiva" hace entender claramente, en mi concepto, que el juez penal puede proceder a esta liquidación **parcial** sólo cuando tenga elementos suficientes para establecer la certeza de **una parte del daño**, dejando la constatación **del exceso** a la fase sucesiva, en la cual, sin embargo, la declaración parcial de los alimentos antes de haber establecido la certeza de la subsistencia del derecho; aino solamente poner en vía de urgencia la satisfacción de este derecho, ya definitivamente declarado, "a cargo de uno solo entre los que están obligados a ello". Tampoco del art. 363, n. 8, se puede literalmente derivar otra cosa que el poder del juez de primer grado de declarar provisoriamente ejecutivos los pronunciamientos sobre "asignaciones provisionales a título de alimentos"; pero no el poder de condenar a una provisional cautelar a título de alimentos fuera del caso previsto *por* el art. 145.

cial no podrá ya constituir materia de discusión y conservará sus efectos preclusivos, en el sentido de que, en sede de liquidación definitiva, no se podrá nunca asignar al perjudicado una suma inferior a la que se le asignó en la liquidación parcial.

33. — Más complicado es el art. 18 del decreto sobre las controversias del trabajo, «1 cual bajo el nombre de "provisional" regula dos institutos sustancialmente diversos entre sí, ninguno de los cuales coincide con la provisional cautelar entendida en sentido estricto.

a) En primer lugar el art. 18 regula, con el nombre de "provisional", un caso de ***ejecución provisoria parcial***; en cuanto consiente que una sentencia ***definitiva, pero apelable*** (una sentencia de primer grado, que haya decidido enteramente el mérito, sobre el ***an*** y sobre el ***quantum*** del crédito), acuerde una provisional al solo efecto de conceder sobre ésta la ejecución provisoria, mientras el resto de la condena debe quedar sujeta al efecto suspensivo de la apelación. En este caso, pues, la provisional ***no es otra cosa que una cláusula de provisoria ejecución, concedida, en lugar de para la totalidad de la condena definitiva de primer grado, para una parte de ella***. Verdad es que, en virtud del mismo artículo, la ejecución provisoria puede concederse, independientemente de la provisional o por la parte que excede a la provisional, "cuando exista peligro en el retardo"; pero en este caso la ejecución provisoria tiene finalidad diversa de aquella a que tiende la ejecución correspondiente a la provisional. En efecto, mientras la ejecución provisoria de la provisional trata de evitar el daño que podría derivar al acreedor, vencedor en primer grado, del hecho de ver diferida hasta el final del juicio de apelación la satisfacción, aunque sea parcial, de su derecho, la ejecución provisoria concedida en cuanto a la totalidad no trata de acelerar la satisfacción (parcial) del crédito, sino de asegurar al acreedor, vencedor en primer grado, que, ***si la sentencia se confirma en apelación***, este retardo no hará más difícil la satisfacción de su crédito, porque encontrará conservado el dinero necesario para satisfacerlo en el depósito vinculado que el propio art. 18 prescribe, y que basta para demostrar que, en este caso, a la cláusula de ejecución provisoria le falta la finalidad de acelerar la satisfacción del crédito, que tiene en cambio la ejecución provisoria de la provisional.

Se trata, como se ve, de dos formas de ejecución provisoria, dirigidas a dos fines diversos: la llamada "provisional" trata de acelerar la satisfacción parcial del crédito, en vista de consideraciones de oportuni-

dad, entre las cuales puede comprenderse también la valoración del daño que el acreedor podría sufrir por el retraso en el pago (y en este sentido la misma se halla comprendida entre los casos de ejecución provisoria examinados en el grupo *c*); mientras la ejecución provisoria total, concedida "cuando exista peligro en el retardo", trata de conservar, mediante el depósito vinculado, los medios necesarios para hacer prácticamente eficaz, en caso de confirmación en apelación, la condena definitiva, y como tal puede incluirse entre las medidas cautelares del grupo *b*, en cuanto determina, sobre el dinero necesario para la ejecución de la condena, una especie de secuestro conservativo, que encuentra ya en la sentencia de primer grado la declaración de la certeza (todavía no irrevocable, porque está sujeta al nuevo examen del juez de apelación) de la existencia del crédito (véase el n. 13).

b) En segundo lugar, el mismo art. 18, al admitir que la provisional puede ser acordada también "durante el curso de la causa en la sentencia que declare la existencia del derecho aunque sea limitándose a alguno de los extremos de la demanda", coordina con el instituto de la ejecución provisoria el del ***pronunciamiento definitivo parcial***, emitido durante el curso de la causa sobre capítulos ya madurados para la decisión. En este caso, la provisional no tiene carácter cautelar, en cuanto constituye, sobre una parte de la demanda, decisión definitiva de mérito (aunque sujeta a la apelación): el carácter cautelar le puede derivar solamente del hecho de que a esta decisión definitiva parcial se acompañe, por la disposición ya vista sub *a*, la ejecución provisoria, y en este caso la provisional viene a ser un ***pronunciamiento definitivo parcial provisto de ejecutoriedad provisoria***.

34. — En conclusión, me parece que ninguna de las disposiciones que acabamos de examinar consagra en nuestro derecho la provisional en sentido estricto, respecto de la cual solo en materia de alimentos se puede encontrar alguna justificación textual en nuestro derecho positivo. Considero, por tanto, que una cierta tendencia de nuestra jurisprudencia a considerar la provisional como un instituto cautelar general, admisible cuando se contemple la necesidad o incluso la simple oportunidad aun fuera de los casos expresamente previstos por la ley, es, *iure conditio*, aberrante. Dado el carácter excepcional de las providencias cautelares (véase el n. 17), me parece, si la justicia no se ha de confundir con la beneficencia, que no se puede reconocer al juez el poder genérico de condenar al demandado, tan sólo porque el actor se

encuentre en condiciones de indigencia, al pago de un anticipo provisorio mientras todavía se baila pendiente en primer grado la declaración de la certeza sobre la totalidad de la pretensión. Sobre todo, me parece peligrosa la práctica introducida en el juicio por resarcimiento de daños de acompañar la llamada "condena genérica" que declara la existencia del crédito (*an debeatur*), pero no su monto (*quantum debeatur*), con una provisional sobre la suma que en sede de liquidación se prevé que pueda resultar debida al perjudicado. La jurisprudencia es constante en considerar que a pesar de haber alcanzado la categoría de cosa juzgada la condena "genérica" a los daños, ello no impide al juez de la liquidación declarar que ningún daño resarcible existe en concreto, y que, por tanto, el resarcimiento debido al pretendido perjudicado se reduce a cero; si este principio se considera firme, es evidente que la provisional ordenada en el juicio sobre el *an debeatur* está destinada a caer cuando el resultado del juicio sobre el *quantum* sea negativo, y que la misma tiene todos los caracteres de una providencia cautelar emanada en vía de urgencia, *en la hipótesis* de que el juicio definitivo de liquidación resulte favorable al demandante. Pero, si es así, esta práctica es contraria a la ley; porque, lo repetimos, ninguna disposición autoriza esta taignación provisoria basada sobre un juicio de mera probabilidad, tomo es la condena "genérica" a los daños¹³.

Por el contrario, si se considera que la provisional pronunciada como complemento de la condena genérica a los daños significa que el juez del *an debeatur*, aun enviando a sede separada la liquidación del *plus*, se ha convencido entre tanto con conocimiento pleno que el resarcimiento se debe *definitivamente* al menos hasta la suma fijada en la provisional (como se prescribe textualmente en el antes recordado art. 489 del Cód. de Proc. Pen.), entonces esta llamada "provisional" no es en realidad, como se ha demostrado, más que una *condena definitiva parcial*, que debe pronunciarse a base del simple interés y no en consideración de un especial *periculum* *in mora*, y a la que falta, en consecuencia, todo carácter cautelar; pero cuando se conciba así el instituto, será forzosamente necesario considerar que el juez del *an debeatur* no podrá recurrir a ella, sino cuando tenga la prueba plena de la existencia del daño al menos hasta aquella medida, y que el juez de la liquidación no podrá verificar un nuevo examen sobre aquel extremo, que la sentencia definitiva ha decidido ya irrevocablemente.

13. Véase sobre este tema mi trabajo, *La condanna genérica ai danni*, en mis *Studi*, III, págs. 221 y sigs., cuya traducción figura como apéndice en este volumen; y CARNELUTOT, *Esecuzione*, I, n. 111, pág. 231 v. n. 113, pág. 236.

35. — Para completar el cuadro de las diferencias que distinguen las providencias cautelares de otras providencias con las cuales podrían, por razón de ciertas semejanzas extrínsecas, ser confundidas, es necesario encontrar el criterio de diferenciación entre las verdaderas medidas cautelares y ciertas medidas conservativas que, en el curso del proceso ejecutivo, pueden tener la finalidad de convertir en indisponibles los bienes sobre los cuales recae la ejecución forzada.

Es sabido que el proceso ejecutivo alcanza su finalidad no en un solo tracto, sino en una serie de tractos sucesivos, a través de los cuales se opera gradualmente en la esfera jurídica del deudor una invasión cada vez más profunda: así, para utilizar el ejemplo del proceso de expropiación mobiliaria, vemos que en él la energía acumulada en el órgano ejecutivo, en lugar de descargarse toda de una vez, se manifiesta en una serie de intervenciones sucesivas y coordinadas, cada una de las cuales produce sobre el derecho sustancial un efecto propio, que, si constituye un paso hacia la satisfacción final del crédito, tiene también, considerado en sí mismo, una trascendencia jurídica propia: la pignoración, la orden de venta, la venta en subasta pública, la distribución del precio, son otras tantas etapas hacia el cumplimiento de la ejecución forzada, pero son también otras tantas providencias ejecutivas, cada una de las cuales, insistiendo sobre la precedente, incide en modo cada vez más profundo en el patrimonio del deudor^M.

Entre estas providencias que aparecen diseminadas, por decirlo así, a lo largo del camino de la ejecución forzada, algunas, como le ocurre de manera típica a la pignoración, tratan de quitar al deudor la disponibilidad de los bienes destinados a ser expropiados, impidiendo así la enajenación o en general la dispersión de los bienes que en un momento sucesivo deberán constituir objeto de venta judicial. Aparece aquí una finalidad asegurativa, semejante a la del secuestro conservativo; de tal manera similar que quien se pone a confrontar los efectos del secuestro conservativo con los de la pignoración, arrancada del proceso ejecutivo de que forma parte y considerada en sí como una providencia aislada, puede ser llevado a la conclusión de que aquí, bajo una diversidad de nombres puramente verbal, se encuentra en realidad, más que una semejanza, una absoluta identidad de institutos (véase el art. 930 del Cód. de Proc. Civ.).

14. Véase CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 29, en *Studi di dir. proc.*, II, págs. 266-267

¿Cuál m, pues, la diferencia sustancial que existe entre el secuestro y la pignoración!¹⁵.

A esta pregunta, que plantea en relación a dos tipos específicos de providencias el problema más genérico de la diferencia entre *providencias cautelares* y *providencias ejecutivas con efecto conservativo*, me parece que no se puede responder poniendo de relieve solamente la diferente colocación exterior y, casi 8« podría decir, la diferente inserción cronológica de las dos providencias en el proceso de que respectivamente forman parte: que en cuanto al secuestro sería *al final* del proceso cautelar (el cual, con la ejecución del secuestro, *se extingue*) mientras que tratándose de la pignoración sería *en el curso* del proceso ejecutivo (el cual, después de la pignoración, *continúa*)¹⁶. Realmente esta diferencia que parece & primera vista tan simple y clara, se esfuma hasta hacerse ilusoria cuando se trata de profundizar en la sustancia que está debajo: dado el carácter puramente instrumental del secuestro, la ejecución del mismo, si extingue el proceso cautelar, funciona, sin embargo, en hipótesis, como preparación, *e incluso como inicio anticipado*, de un proceso ejecutivo que se prevé ha de seguir; viceversa, la pignoración, si se considera en su función inmediata de convertir en indisponibles las cosas pignoradas, agota en sí misma el propio fin asegurativo, al cual sirve precisamente la fase procesal que concluye con la pignoración. La ejecución del secuestro, si es definitiva como ejecución de la providencia cautelar, funciona en realidad como *primera fase anticipada* de la ejecución dirigida a la satisfacción del crédito. En sustancia, si la diferencia, entre pignoración y secuestro se busca en la mayor o menor distancia que separa a la providencia asegurativa de la subsiguiente ejecución forzada, en la mayor o menor adherencia de la soldadura entre la fase asegurativa y la fase ejecutiva, se corre el riesgo, por ocuparse solamente de "lo que viene después", de no dar el justo valor dife-

15. Véase CARNICELLI, *Xseessione*, II, pág. 17; y en *Siv. dir. proa. civ.*, 1932, II, págs. 159 y siga., y especialmente pág. 171. Véase ahom también CAENALOTI, *Contributo alia teoría del pignoramento* (que me ha llegado mientras corrijo las pruebas), Psdora, 1936, págs. 20-21, notas 1 y 2.

16. Véase CAENALOTI, nota cit., pág. 171, "Mirado en si el secuestro no difiere en nada de la pignoración: también la pignoración sirve para conservar la cosa, lo mismo que el secuestro; también el secuestro se ejecuta en la misma forma que i& pignoración. Pero se trata del uno o del otro, según que el proceso tienda a una composición provisoria o a una composición definitiva de la litis; y por eso la diferencia *se descubre por lo que viene después*: en efecto, con el secuestro, el proceso (ejecutivo) *Be extingue*; en cambio, con la pignoración, se inicia y después continua; el secuestro es un entero proceso ejecutivo (cautelar), la pignoración es una. fasa del proceso ejecutivo definitivo.

rencial **a lo que viene antes**; que, en mi concepto, es lo que verdaderamente cuenta a los efectos de la diferenciación.

Si la providencia que convierte en indisponibles los bienes del deudor se considera como la primera etapa hacia la expropiación, es cierto que esta primera etapa se alcanza, con los mismos efectos prácticos, tanto con la pignoración como con el secuestro: las dos se detienen en el mismo punto; y cuando llega el momento de emprender de nuevo el camino hacia la última meta, que es siempre la de la satisfacción del crédito, tanto el secuestrante como el pignorante se encontrarán a la misma distancia de aquella meta¹⁷. Pero la diferencia es otra: que mientras el pignorante está seguro de poder emprender de nuevo el camino, y puede hacerlo, si quiere, incluso inmediatamente, **porque está provisto del título ejecutivo**, el secuestrante, aun habiendo seguido la misma senda que el pignorante, no podrá continuar el viaje porque le falta todavía la declaración definitiva de certeza de su derecho. Son como dos viajeros que quieren igualmente ir al extranjero, y que han hecho su primera parada en la misma estación fronteriza; pero el pignorante tiene su pasaporte en el bolsillo, y el secuestrante espera todavía que la policía se lo conceda.

Para huir de la metáfora, se pignora **porque se tiene la acción ejecutiva**; se secuestra **en espera y en la hipótesis de poder tener la acción ejecutiva** (definitiva): la diferencia esencial la ofrece, pues, una cosa * que está **antes** de la pignoración y del secuestro, esto es, el título ejecutivo, que cuando se pignora está ya conseguido, mientras que cuando se secuestra está solamente **supuesto**.

Aflora, pues, también aquí el carácter de **instrumentalidad hipotética** que es exclusivo de las providencias cautelares; a base del cual se puede concluir que la diferencia entre las providencias cautelares y las providencias ejecutivas con función asegurativa, es esencialmente la siguiente: que mientras éstas se dictan para asegurar una ejecución forzada de la que ya existe el título, aquéllas se dictan para asegurar una ejecución forzada cuyo título está todavía **sui iudice**.

No creo que la regla, según la cual la pignoración presupone el título ejecutivo, pueda resultar debilitada por el último párrafo del art. 568 del Cód. de Proc. Civ., el cual, al establecer que, si la deuda "es de especie no liquidada y de efectos no estimados, no se puede proceder a la venta de los bienes... hasta que se practique la liquidación o se haga la estimación", viene con esto a admitir implícitamente que **entre**

17. Véase CONIGLIO, *Sequeatro*, N 206, pág. 473.

tanto se pueda proceder a la pignoración. Me parece que aquí la pignoración no se puede considerar como un caso de ejecución sin título: el título ejecutivo existe, pero como representa un crédito líquido que tiene por objeto cosas diversas del dinero, la ley, en espera de que el crédito sea convertido en dinero, permite que a base de este título se de entre tanto el primer paso hacia la expropiación (pignoración) para el cual el requisito de la conversión en dinero no es tan indispensable como para la venta¹⁸. Pero si alguien pensase que aquí la pignoración se hace en realidad sin título, porque el título tiene entre sus requisitos esenciales la plenitud, y título incompleto equivale a título inexistente, entonces se debería concluir que la pignoración, implícitamente permitida por el párrafo último del artículo 568, tiene en realidad la naturaleza de un secuestro, esto es, de una medida conservativa concedida en espera de que se complete el título para la ejecución. En suma, si se considerase que aquí el título ejecutivo todavía no existe, no se debería, en mi concepto, sacar de esta disposición un argumento para concluir que la ejecución se puede comenzar aun antes de que esté creado el título¹⁹ sino, en todo caso, argumento para atribuir a la pignoración, practicada estando pendiente la liquidación, carácter meramente cautelar.

36. — Los criterios expuestos hasta aquí bastan para explicar, sin necesidad de largo comentario, la razón por la cual creo que deben excluirse del número de las medidas cautelares las providencias siguientes, no obstante que su denominación pueda inducir a engaño.

a) Es una providencia ejecutiva, y no una providencia cautelar, la **autorización para la pignoración inmediata** que el pretor competente puede dar, a tenor del art. 578 del Cód. de Proc. Civ. "cuando exista justo motivo de daño en el retardo"²⁰. Aunque esta providencia presuponga la constatación sumaria del peligro, le falta todo carácter de previsión hipotética del derecho, la certeza del cual ya está declarada; se trata, pues, de un caso de aceleración por razones de urgencia de la ejecución definitiva. Cuando después la disposición de este artículo 578 se aplica a la providencia de apremio (como lo per-

18. CARNELUTTI, *Esecuzione*, II, n. 122 a.

19. Véase el mismo CARNELUTTI, nota cit., pág. 167; en el sentido sostenido por me, ANDRIOLI, *La funzione del creditore nell'irruzione singolare e nel fallimento*, on voto it. 1934, pág. 5 de la edición acunida.

20. Véase CARNELUTTI, *Msecuzione*, II, II. 133.

mite el art. 4, párrafo último del R. D. de 24 de julio de 1922, n. 1036), se tiene igualmente una providencia ejecutiva, que ofrece la particularidad de ser emanada a base de un título ejecutivo provisorio (sumario).

b) Es una providencia ejecutiva de la misma naturaleza (pignoración a base de título ejecutivo provisorio, creado con conocimiento abreviado) el llamado "secuestro" del autovehículo sujeto a privilegio, que el pretor puede ordenar a base del art. 7 del defcreto-ley de 25 de marzo de 1927, n. 436 (véase, sin embargo, en cuanto al secuestro del art. 8, anteriormente, pág. 36)²¹. El mismo razonamiento se puede repetir en cuanto a la "orden de secuestro" que el acreedor agrario puede pedir al pretor a tenor del art. 11 de la ley de 5 de julio de 1928, n. 1760 sobre crédito agrario²².

c) Tiene naturaleza ejecutiva y no cautelar **la orden de secuestro del inmueble** que el tribunal puede emitir en el caso del art. 2085 del Cód. Civ.²³; y, por análogas consideraciones, el secuestro inmobiliario regulado con normas especiales a favor de los Institutos de crédito sobre bienes raíces por el art. 45 del texto unificado de 16 de julio de 1905, n. 646.

d) En particular, tiene carácter ejecutivo (satisfactivo) y no cautelar la dación de posesión del inmueble hipotecado que los citados Institutos pueden pedir, de acuerdo con el art. 41 del mismo texto unificado, al objeto de percibir directamente las rentas y los frutos y de este modo satisfacer directamente su crédito correspondiente a los semestres vencidos y respecto del pago de los cuales el deudor esté en mora (institución que el **Proyecto CARNELUTTI**, arts. 563 y siguientes, había introducido en el proceso ejecutivo Ordinario con la denominación de "usufructo forzoso de bienes inmuebles"; y a favor del cual el Congreso de derecho agrario, celebrado en Flo-

21. Véase CARNELUTTI, *Esecutione*, I, N. 115; ANDRIOLI, escrito cit., pág. 5 de la ed. sep. Lio consideran como un caso de providencia puramente ejecutiva (excluyendo que exista una cognición sumaria): BBTI, *Vir. Proc. Civile*, págs. 760-61, nota; CRISTOFOLINI, *Processo di ingiunzione*, n. 19, págs. 63 y sigs.; CARNACINI, *Pignoramento*, pág. 44, nota 1 (lo mismo en cuanto al "secuestro" en materia de crédito agrario).

22. Véase Rossi, *II sequestro conservativo e la legge sul cr. agrario*, en *Siv. dir. agrario*, 1932, II, 60.

23. (CARNELUTTI, II, n. 234; CRISTOFOLINI, *op. cit.*, nota 4 en la pág. 9; CARNACINI, *Pignoramento*, págs. 20-21, nota 2. En contra: CHIOVENDA, *Ist.*, I, pág. 253 B. I) de "medida cautelar" habla, a propósito del secuestro ex art. 2085, BRA<<4 en *Studi in onore di F. Virgili* (Siena, 1935), pág. 513.

rencis en octubre de 1935, *se* pronunció, a propuesta mía, calificándolo de "anticresis forzosa

e) Lo mismo se puede decir con respecto al secuestro de las obras que constituyen violación del derecho de autor y del derecho de exclusiva (arte. 65-66 de la ley de 7 de noviembre de 1925, n. 1950; art. 115 del R. D. de 13 de septiembre de 1934, n. 1602) a través del cual el autor o el inventor satisfacen su derecho de impedir el uso de aquéllas mientras dura a su favor la protección de la ley (ejecución forzada de una obligación de no hacer).

f) De las finalidades mediatamente ejecutivas que puede tener el secuestro previsto por el art. 133 del Cód. Civ. se ha hablado ya (véase n. 13 final).

37.— Por consideraciones análogas, pero aplicadas en sentido inverso, considero que tiene naturaleza cautelar y no ejecutiva la sentencia que declara la quiebra; y me adhiero así, entre las varias opiniones sostenidas por la doctrina en torno a esta debatidísima cuestión, a la que hoy autorizadamente representa **CANDÍAN**²⁸ y de la que ya en las enseñanzas de **CHIOVENDA** se encuentra el primer brote²⁸.

Como he tenido ya ocasión de exponer en otro lugar²¹ las razones que justifican esta adhesión mía a la opinión de **CANDÍAN**, puedo limitarme aquí a resumir las conclusiones a las cuales me parece que se puede llegar, al encuadrar la sentencia declarativa de quiebra en el sistema de las providencias cautelares.

Considero ante todo que la declaración de quiebra es un verdadero y propio acto de cognición, esto es, no sólo en la forma sino también en el contenido, una verdadera y propia sentencia (constitutiva), mediante la cual el tribunal, verificada la coincidencia de las circunstancias concretas con el precepto legal a la declaración judicial de la cual la norma (art. 683 del Cód. de Com.) refiere la producción de determinados efectos jurídicos, constituye a cargo del

24. Véase CABNACINI, *Pignoramento*, n. 10.

25. *Sentenza dichiarativa di fallimento e processo di fallimento* en Bit., *dir. proc. civ.*, 1931, I, págs. 234 y siga.; y sucesivamente en el volumen *II processo di fallimento* (Padova, 1934), na. 22 31.

26. *Principii*, pág. 234; *Ist.*, I, pfig. 258 G.

27. *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*, en *Biv. dir. comm.*, 1936, parte II. (La traducción puede verse en este volumen).

quebrado una **sujeción** procesal que antes de la sentencia no existía⁸⁸. Para quien, como el que escribe, considera que no se puede hablar en cuanto al proceso ejecutivo de declaración de certeza y de instrucción en el mismo sentido, propio y específico, en que se habla cuando se trata del proceso de cognición, la sentencia declarativa de quiebra aparece como un acto de cognición en sentido propio, esto es, como un acto mediante el cual el tribunal **juzga**, relacionando la ley con el caso concreto e individualizando deductivamente la voluntad de la misma. Nos encontramos, en suma, frente a una sentencia constitutiva necesaria, similar, por ejemplo, a la sentencia de interdicción; todavía más similar, por sus premisas lógicas y por sus efectos, a las providencias cautelares de **cognición**, de las que ya conocemos las notas características (véase el n. 26). Esta naturaleza de acto de cognición, que considero indudable en la sentencia declarativa, y que se reconoce unánimemente cuando la misma, previa citación del deudor, se obtiene por el acreedor en las formas del proceso ordinario^M, no se le puede negar cuando la quiebra se declara en las formas abreviadas previstas en el Código de Comercio (art. 684). Entre la sentencia declarativa pronunciada "en virtud de declaración del quebrado, o a instancia de uno o varios acreedores o de oficio", y la sentencia pronunciada, previa citación del deudor, en las formas del proceso ordinario, existe la misma diferencia que se manifiesta entre el secuestro conservativo solicitado mediante recurso y concedido por decreto (art. 925 del Cód. de Proc. Civ.), y el mismo secuestro pedido mediante citación y concedido por sentencia⁸⁹: son dos providencias de cognición idénticas en sus efectos, que se diferencian solamente en su formación, en cuanto la primera está dictada a base de una cognición abreviada (sumaria), mientras la segunda presupone el desarrollo de la cognición ordinaria. El paralelismo entre las dos figuras encuentra una confirmación ulterior en que, así como a la concesión del secuestro por decreto debe seguir el juicio de convalidación en contradictorio con el secuestrado, también a la declaración de quiebra pronunciada en las formas del Código de Comercio puede seguir el juicio en contradictorio provocado por la oposición del quebrado (art. 693 del Cód. de Com.)⁹⁰ se trata en ambos casos (aunque variando la parte sobre la cual cae la carga de provocar este

28. Véase INVREA, en *Biv. dir. comm.*, 1930, I, 534 y sigs. (especialmente n. 9); BRUNETTI A., en la misma *Biv.*, 1939, I, págs. 434 y siga, (especialmente n. 4).

29. CARNELUTTI, escrito cit., pág. 159.

30. Véase, anteriormente, cap. III, nota 6.

ulterior examen en juicio contradictorio) de la fase de cognición ordinaria aplazada, que se encuentra en casi todas las figuras de procedimiento "sumario". La sentencia declarativa de quiebra pronunciada en las formas del Código de Comercio es, pues, una providencia de cognición acordada en vía sumaria con aplazamiento facultativo, a caigo del quebrado, de la cognición ordinaria en procedimiento contradictorio

La sentencia declarativa de quiebra es, *ante todo*, una providencia *de cognición cautelar* i en efecto, dicha sentencia no es otra cosa, en sus efectos patrimoniales, que un secuestro conservativo general³², esto *es*, un secuestro conservativo de todo el patrimonio del quebrado, preordenado a evitar que los acreedores se encuentren, a causa del retardo, colocados en la imposibilidad de practicar contra él, en forma igualmente eficaz, la ejecución forzada. Es, pues, una providencia de urgencia, dirigida a asegurar la futura ejecución forzada (grupo *b*), la eficacia práctica de la cual podría resultar destruida o disminuida por la demora. Se da también aquí el presupuesto del *periculum in mora*, el cual, en vista de la presunta insuficiencia del patrimonio para cubrir el pasivo, no está solamente constituido por 1% amenaza de dispersión patrimonial que el deudor pueda, aprovechando la demora, realizar en perjuicio de los acreedores singulares, sino, además, por la amenaza de que, al amparo de la misma demora, algún acreedor más solícito llegue a hacerse pago sobre los bienes del deudor en daño de los otros acreedores (que correrían el riesgo de quedar excluidos), y que de este modo se altere la *par conditio creditorum* en el sentido de que para unos sea menos eficaz que para otros la ejecución forzada. La declaración de quiebra está, pues, preordenada a asegurar no tanto el rendimiento práctico individual de la ejecución forzada, cuanto a asegurar que la ejecución forzada tenga el mismo rendimiento práctico para todos los acreedores.

Que la declaración de quiebra tiene naturaleza cautelar y no naturaleza ejecutiva, se deduce muy fácilmente de la consideración de que, en el momento de pronunciarse, la existencia de acreedores teniendo derecho a participar en el reparto no está constatada sino simplemente *supuesta*. El secuestro general del patrimonio del quebrado no es, como la pignoración, el primer paso hacia la ejecución forzada de

SI. Véase IHVMCA, escrito cit., n. 8.

32. Véase, a este respecto, en diferente sentido, PUOLIATTI, *Msecursione forzata e diritto aostanariale* (Milano, 1935), pág. 156; BBUNETTI A., escrito citado, págs. 450 y sigs.

créditos ya reconocidos, sino que es una medida interina dirigida **a dar tiempo** a los acreedores para hacer constatar en el juicio de verificación la existencia de sus derechos y conseguir así el título ejecutivo concursal que, en el momento de declaración de la quiebra, todavía no tenían; y tan cierto es esto que, si en el juicio de verificación no se presenta ningún acreedor o si, habiendo sido impugnadas, todas las demandas de admisión a formar parte del pasivo son rechazadas, la quiebra se cierra por falta de pasivo, del mismo modo que el secuestro conservativo cae por su base cuando en el juicio principal se demuestra que el pretendido crédito del secuestrante no existe. Hay, pues, también en la declaración de quiebra la **instrumentalidad hipotética** que es el carácter revelador de las providencias cautelares: se conserva provisoriamente el patrimonio del quebrado a fin de asegurar la futura ejecución forzada, **para la hipótesis de que en el sucesivo juicio de cognición (verificación) resulte la existencia de derecho habientes a participar en tal ejecución**³³.

Y la analogía de la sentencia declarativa de quiebra con el secuestro singular no desaparece por el simple hecho de que, mientras en el secuestro se tienen dos providencias distintas, la que concede el secuestro y aquella en virtud de la cual el secuestro se ejecuta, la sentencia declarativa produce inmediatamente sobre todo el patrimonio el estado de indisponibilidad que el secuestro individual produce sobre los solos bienes secuestrados y a través de una providencia separada de ejecución cautelar; o porque, mientras el secuestro individual ordinariamente se concede en un proceso separado del principal, en el proceso de quiebra la fase cautelar está unida, sin solución de continuidad, a la fase de cognición del mérito (juicio de verificación de los créditos) que a su vez va inmediatamente seguida por la fase ejecutiva.

La primera diferencia no disminuye en modo alguno la finalidad cautelar de la sentencia declarativa: dado que, por tratarse de secuestro general de todo el patrimonio, no hay en este caso necesidad de individualización de los bienes a secuestrar que en el secuestro con-

33. El carácter cautelar de la sentencia declarativa de quiebra no desaparece tampoco aunque se considere la quiebra como expresión de una *acción concursal colectiva*, como hace ANDRIOLI, en el notable trabajo *La posición del acreedor en la ejecución singular y en la quiebra*, publicado en el *Foro* it. de 1934; sobre este escrito, lo mismo que sobre otras opiniones no recogidas en el texto, véase una discusión más amplia en mi artículo ya recordado sobre *La sentenzia dichiarativa di fallimento romo provvedimenti cautelare* (traducido como apéndice de este volumen).

servativo puede operarse solamente en el momento de la ejecución del secuestro⁸⁴, la sentencia declarativa acumula en un acto formalmente único los dos momentos cautelares a los cuales en el procedimiento de secuestro corresponden dos providencias separadas: la sentencia declarativa constituye, en sustancia, la suma de una providencia de cognición cautelar (ordinaria o sumaria, según los casos ya vistos) con una providencia de ejecución cautelar⁸⁵, produciéndose un fenómeno análogo al que puede verificarse en todos aquellos casos de sentencias "objetivamente complejas" en que, para poner en práctica los efectos jurídicos basados sobre la declaración de certeza, no es indispensable el empleo de la fuerza material⁸⁶.

T tampoco la segunda diferencia tiene carácter sustancial. Es sabido que también el secuestro conservativo, además de concederse en un proceso autónomo, puede concederse como incidente (art. 927 del Cód. de Proc. Civ.) en el proceso principal de cognición; y a nadie se le ocurrirá sostener que el mismo pierda por esto su carácter cautelar. En realidad, quien quiere ver en la sentencia declarativa una providencia ejecutiva sólo porque la misma es "el primero de una serie de actos, que se dirigen a la expropiación y a la entrega de lo obtenido a los acreedores"⁸⁷, da mayor valor, según un criterio sistemático respetabilísimo, pero no compartido por mí, a la noción de proceso, que a aquella, en mi concepto preeminente, de providencia; y considera, fundándose en que el proceso de quiebra una vez puesto en movimiento puede conducir sin aparentes soluciones de continuidad a la expropiación, que todo este proceso, concebido como organismo unitario, teniendo, como se dice, una "función propia", debe necesariamente tener naturaleza ejecutiva desde el principio, solamente porque la ejecución es su punto de destino. En mi concepto, por el contrario, el proceso, como serie de actos que preceden a la providencia jurisdiccional, no tiene otra función que la de preparar la providencia; y con respecto a toda providencia se deben examinar separadamente los efectos sustanciales, y en base a éstos determinar la naturaleza o "función", que es naturaleza o función de la providencia y no del proceso; por lo que no deja de ser frecuente que

84. Véase CANDÍAN, *Procesto di fallimento*, n. 229; INVBEA, escrito cit., pág. 643.

85. Véase, en cuanto a una construcción semejante, el mismo CABNELUTTI, escrito cit., pág. 159.

86. Véase CHIOVENDA, *Ist.*, I, páig. 261; y mi escrito *La sentenxa como atto di esecueione forzata*, en *Studi*, III, págs. 19 y sigs.

87. CABNELUTTI, escrito cit., pág. 171.

en el curso de un mismo proceso, formalmente único (como es el proceso de quiebra) nazcan, en momentos sucesivos, providencias de naturaleza diversa, y que, por ejemplo, la providencia inicial de un proceso tenga carácter cautelar, sin perjuicio de que el proceso, al continuar, esté destinado a dar vida, como su resultado último, a una providencia final de carácter ejecutivo. También en este caso **CHIO- VENDA**, en pocas líneas incisivas, lo ha dicho todo: "El proceso de quiebra **es complejo**. Dentro del mismo se presenta la actuación de la voluntad de la ley en todas sus varias formas: cognición, conservación, ejecución; **es natural que la función de conservación se manifieste en primer término**"

También en el proceso de quiebra se verifica el fenómeno, ya puesto de relieve al establecer la diferencia entre secuestro (cautelar) y pignoración (ejecutiva), en virtud del cual, cuando se declare en un momento sucesivo la existencia del derecho que la medida cautelar supone, ésta se convierte en medida ejecutiva; esta conversión del secuestro general (cautelar) en pignoración general (ejecutiva) tiene lugar automáticamente y sin separación aparente en el proceso de quiebra; pero que la misma se halla condicionada al resultado del juicio de verificación de los créditos (como, tratándose del secuestro conservativo, está condicionada al resultado de la causa principal) me parece que resulta incluso textualmente del art. 793 del Cód. de Proc. Civ., el cual, al establecer que la liquidación del activo (que es función ejecutiva) no puede iniciarse sino transcurridos diez días a contar del pronunciamiento de la sentencia sobre las impugnaciones (art. 765 del Cód. de Com.), deja entender claramente que hasta aquel momento la función del curador tiene naturaleza **genuinamente conservativa**

38. — Para agotar nuestra reseña, hemos de advertir, finalmente, que no deben confundirse con las medidas cautelares las providencias ordinarias de cognición o de ejecución, que la autoridad dicte en tutela de un derecho preexistente, constituido entre las partes, por ley o por convención, **al objeto de asegurar la satisfacción de otro derecho**.

38. *nt.*, I, *pAg.* 258 G.

39. Creo que, profundizando la* investigaciones en el campo del proceso de quiebra, se debe llegar a considerar como una providencia cautelar también la sentencia de retroacción (arts. 704 y 706 del Cód. de Com.), en relación a la cual puede verse **ANDRIOLI, L'azione revocatoria** (Boma, 1935), n. 21. Naturaleza cautelar tiene también el decreto mediante el cual el tribunal admite al comerciante al procedimiento de concordato preventivo (art. 4 en relación con los arts. 7 y 9 de la ley de 24 de mayo de 1903, n. 197)

La función de estos derechos accesorios, cuya finalidad asegurativa es a veces netamente puesta en claro en la misma definición que de ellos da la ley sustancial (así, por ejemplo, el art. 1878 del Cód. Civ. señala en la "seguridad del crédito" la finalidad de la prenda, y el art. 1964 del Cód. Civ. asigna a la hipoteca el fin de "asegurar... la satisfacción de una obligación"), es, **en el campo sustancial**, marcadamente análoga a la que tienen, **en el campo procesal**, las providencias cautelares. Entre los dos derechos, asegurante y asegurado, se establece, en efecto, la misma relación de instrumentalidad hipotética que tiene lugar entre providencias cautelares y providencias principales; el derecho accesorio no es fin en sí mismo, sino que está puesto al servicio de otro derecho, para garantizar, cuando el deudor no lo haga espontáneamente, su satisfacción. La misma terminología que se ha empleado hasta aquí para las providencias procesales puede reproducirse puntualmente para estos derechos: se puede hablar en cuanto a ellos de derechos **cautelares** contrapuestos a los derechos **principales**, a la satisfacción de los cuales están preordenados los primeros.

Se podría incluso decir, avanzando un paso más en este paralelismo de situaciones, que estos derechos cautelares están constituidos no tanto para asegurar directamente la satisfacción del derecho principal, cuanto para asegurar la eficacia de la eventual ejecución forzada que se haga necesaria para conseguir tal satisfacción; también estos derechos, lo mismo que las providencias cautelares, ejercen sobre el derecho sustancial una tutela **mediata**, en cuanto inmediatamente miran a hacer más seguro y más pleno el rendimiento práctico de la función jurisdiccional.

Es fácil, utilizando los ejemplos concretos, encontrar correspondencias, a veces incluso verbales, entre algunos de estos derechos cautelares y algunas de las providencias cautelares precedentemente examinadas. El secuestro convencional del art. 1870 corresponde, no sólo por el nombre sino también por su finalidad, al secuestro judicial del art. 1875, n. 1 del Cód. Civ.; la prenda, de la que tratan los arts. 1878 y siguientes del Cód. Civ., tiene a favor del acreedor una función análoga a la del secuestro conservativo (art. 1884 del Cód. Civ.), pero más enérgica, porque se acompaña con un derecho de prelación sobre la cosa pignorada; el derecho de retención se concibe por autorizados escritores como un secuestro privado, esto es, como una forma de **autodefensa cautelar**⁴⁰. También la hipoteca desempeña sobre el in-

40. Yéaso Roeco Ai.rs., *Principii di dir. comm.*, ns. 118 y SIGS.; CRISTOFOLINI, *Processo d'ingiunzione*, págs. 10-11, nota 2. So encuentran on algún autor tentativas do sistematización de la tutela cautelar extrajudicial, diferenciada en unila

mueble del deudor, considerado como simple objeto de expropiación, un oficio conservativo (como lo podría tener, si nuestro derecho lo admitiese, el secuestro conservativo inmobiliario), reforzado por el derecho de prelación que asegura al acreedor hipotecario sobre el precio del inmueble hipotecado; y también los privilegios, aunque en sí mismos se hallen desprovistos de eficacia conservativa, miran, sin embargo, con la prelación que otorgan al acreedor, a asegurar a éste una ventaja personal en el momento de la ejecución forzada, alterando en ésta a su favor la *par conditio creditorum*. A asegurar, mediante conservación preventiva de la suma necesaria, la satisfacción de un eventual crédito en dinero, a título de resarcimiento de daño o a otro título, se dirigen las diversas cauciones, convencionales o legales, previstas por numerosas disposiciones (ejemplos: arts. 26, 292, 293, 497, 498, 516, 855, 856, 975, 1400, 1603, etc., del Cód. Civ.); análogo fin puede tener la seña que la misma ley define como "cautela para el resarcimiento de los daños en caso de incumplimiento de la convención" (art. 1217 del Cód. Civ.). La misma fianza se puede, bajo un cierto perfil, considerar como un instituto cautelar, en cuanto mira a sujetar a la eventual ejecución forzada el patrimonio del fiador (art. 1898 del Cód. Civ.), para el caso de que el patrimonio del deudor principal sea insuficiente para satisfacer el crédito.

En los diversos institutos que hemos enumerado es fácil encontrar, bajo las más variadas formas, una finalidad común y constante: la de dar al titular de un derecho (principal) la seguridad de que, cuando en el porvenir se vea obligado a recurrir, para la satisfacción del mismo, a la ejecución forzada, ésta no resultará prácticamente ineficaz

teral (por ej., derecho de retención) y *consensual* (por ej., secuestro convencional); véase especialmente BETTI, *Diritto proc. civile*, págs. 54-61, y piúg. 759, nota 1; y en *Bit. dir. eomm.*, 1935, II, págs. 315-16; ALLORIO, escrito citado, n. 8 *a*. Merece ser recordado que, según BETTI, constituiría un caso de autotutela consensual la *confesión extrajudicial* (*Dir. proc. civ.*, pág. 562), la cual se debería considerar por tanto como una forma de *aseguramiento consensual de la prueba*, con función análoga a la de las providencias cautelares analizadas por nosotros bajo el grupo *a* (lo mismo se podría decir en cuanto al *inventario extrajudicial*, art. 496 del Cód. Civ.). Correctamente CRISTOFOLINI (loe. cit.) señala como ejemplo típico de autodefensa cautelar el art. 1510 del Cód. Civ.; podría añadirse también a este grupo la facultad de "impedir la venta" que el vendedor puede, al amparo del art. 1513 del Cód. Civ., ejercitar proponiendo oportunamente la demanda de reivindicación, así como la facultad que tienen los acreedores de los agentes de canillio de oñerarse, por simple acto unilateral, n la liberación de la caución a base del art. 59 del R. I), de 4 de agosto de 1913, n. 1068 (reglamentando la ley de 20 de marzo de 1913, n. 272, sobre las Bolsas); y bajo el perfil de la autodefensa cautelar se podrían también estudiar las *Irascripciuncs* de que trata el texto e» «1 », 40.

por falta de objeto; se trata, pues, de institutos encaminados a conservar el objeto material de una posible futura ejecución forzada, marcadamente afines, en razón a esta finalidad, a las medidas cautelares del grupo b). Por esto me ha parecido que pueden ser llamados **derechos cautelares**: en cuanto su relación con el proceso ejecutivo es no sólo mediata⁴¹, sino además hipotética, esto es, basada sobre la previsión de un título ejecutivo que, en el momento en que estos derechos se constituyen, puede no existir todavía.

Hay, sin embargo, frente a las verdaderas y propias providencias cautelares, esta diferencia fundamental: que mientras en las providencias cautelares el aseguramiento del crédito se concede cada vez por el juez después de la constatación de un estado de peligro que ya amenaza el derecho, los derechos cautelares, sobre los que hasta ahora se ha discurrido, nacen, por contrato o por ley, independientemente de toda providencia del juez, y, en la mayor parte de los casos, independientemente de la actualidad del peligro que da a las medidas cautelares el carácter de providencias de urgencia. Es cierto que sirviéndose de estos institutos cautelares, las partes prevén como posible la eventualidad de deber recurrir, en tutela de su derecho principal, a la vía judicial; y que estos institutos, aun estando regulados por el derecho sustancial y aun concurriendo, en la mayor parte de los casos, a facilitar con estímulos psicológicos y fuera de toda coacción judicial el espontáneo cumplimiento de las obligaciones, tienen, sin embargo, siempre, como finalidad remota más necesaria, el objeto de constituir a favor del acreedor una posición de ventaja en el proceso, para la remota hipótesis de que en el porvenir se presente la necesidad de recurrir a ella. Son relaciones de derecho sustancial que se constituyen **fuera del proceso**, pero en **vista de un posible proceso**; como ciertas prudentes cláusulas de los tratados internacionales, mediante las cuales los Estados contratantes tratan, a fin de consolidar la paz, de asegurarse ciertas ventajas estratégicas para la temida y lejana posibilidad de una guerra. Lo que, sin embargo, no autoriza a anexionar estos institutos, como se ha sostenido⁴², al derecho procesal: no sólo porque su origen está fuera del proceso, sino también porque su función normal es la de facilitar el pacífico comercio jurídico y evitar las litis, acrecentando el valor de los derechos principales a los que estos dere-

i

41. CAJRNLUTTI, *Etcattione*, III, n. 492.

42. CASWELUTTI, *Eaeouzione*, III, n. 492, p&g. 205; *Diritto e processo*, n. 47 (en *Studi*, cit., II, p&g. 310).

chos cautelares acceden, y quitando al deudor, sabedor de la inexorabilidad de las sanciones judiciales dispuestas contra él, toda veleidad de incumplimiento⁴³. Hay, pues, también en estos derechos cautelares, un carácter de instrumentalidad; pero se trata de una instrumentalidad **no necesaria**, que normalmente está destinada a no funcionar, y que puede alcanzar su objeto, mejor que funcionando en el proceso, contribuyendo a evitar el proceso en que estaría destinada a funcionar. Se podría decir que estos derechos cautelares, mejor que a prevenir la lesión del derecho principal, tratan de prevenir la formación del estado de peligro, que, si faltasen esos derechos, haría nacer la necesidad de una providencia cautelar; el acreedor pignoraticio, en lugar de esperar a que surja el peligro para pedir el secuestro conservativo contra su deudor, se prepara a largo plazo, con prevenciones de amplio alcance, en forma que evite el nacimiento del peligro.

De cuanto se ha dicho hasta ahora resulta evidente que en los casos en que la autoridad judicial es llamada a dictar providencias sobre estos derechos cautelares preconstituídos, tales providencias no tienen carácter cautelar, porque operan sobre situaciones ya reguladas por el derecho sustancial, y, al actuar la voluntad de la ley concerniente a tales situaciones, prescinden de toda consideración sobre el peligro, que, habiendo ya funcionado en un momento anterior como motivo psicológico en la determinación de la voluntad de las partes, no se presenta ya como condición de la providencia judicial. La sentencia que ordena a cargo del poseedor el secuestro judicial a base del n. 1' del art. 1875 del Cód. Civ., tiene los mismos efectos que la que condena al poseedor a dejar libre el inmueble en ejecución de un secuestro convencional consentido contractualmente por él de conformidad con el art. 1870; pero las dos sentencias tienen naturaleza bien diversa, porque la primera (providencia cautelar) constituye *ope iudicis*, en virtud de una "mera acción", el derecho al secuestro, mientras la segunda (providencia ordinaria sobre un derecho cautelar) declara la certeza de un derecho sustancial al secuestro, que preexiste al proceso y tiene su causa en la voluntad de los contratantes⁴⁴.

39. — Se destacan generalmente por la doctrina los numerosos puntos de contacto que la acción revocatoria (arts. 1235, 680, **949** y 1422 del Cód. Civ.; arts. 707-710 del Cód. de Com.; véase también

⁴³. Véase, en sentido contrario a CABNELUTTI, COVIELLO, L., *Velle ipoteche*, pfig. 18, nota 2.

⁴⁴. Véase CHIOVENDA, *Ist.*, I, pág. 250.

el art. 189 del Cód. Pen. y el art. 512 del Cód. de Proc. Civ.) tiene con la materia cautelar⁴⁵; como esta acción no es fin en sí misma, sino que, al recuperar los bienes fraudulentamente alienados bajo la sujeción procesal del acreedor, prepara y facilita el rendimiento práctico de su acción ejecutiva, parece a primera vista que se pueda encontrar en ella otro caso de instrumentalidad cautelar, en la configuración que es típica de las providencias del grupo b). Y una cosa semejante se podría decir en cuanto a la acción subrogatoria del art. 1234 del Cód. Civ.⁴⁶; porque también ésta, reconstituyendo o ampliando el patrimonio sobre el cual el acreedor podrá satisfacerse en vía de ejecución forzada, amplía, por decir así, la zona de eficiencia de la acción ejecutiva, y, por tanto, constituye un medio preparatorio y auxiliar de la misma.

Pero ya anteriormente hemos visto (n. 37) que el solo objeto de favorecer al acreedor en el ejercicio de la ejecución forzada no basta para hacer entrar todos los institutos a través de los cuales esta finalidad se realiza, en el campo de las providencias cautelares, cuando falten las especiales características que en el campo procesal pueden hacer considerar estas providencias como una categoría netamente distinta. Verdaderamente, si se considera que la acción revocatoria compete solamente al acreedor provisto de título ejecutivo, o también, como algún otro autor sostiene, al acreedor, que, aun cuando sea en el mismo juicio sobre la revocatoria, esté en condiciones de conseguir la constatación judicial de su crédito⁴⁷ parece que falte absolutamente a esta acción toda referencia al *periculum in mora*, en vista del cual la providencia cautelar se presenta como una anticipación de los efectos de la providencia principal sobre el derecho todavía incierto. La sentencia que acoge la revocatoria no anticipa los efectos de la providencia principal: es ella misma una providencia principal; esto es, una sentencia constitutiva que declara y satisface el derecho potestativo (preexistente al proceso y accesorio del derecho del crédito) a la revocación del acto fraudulento. Y también si este derecho potestativo se concibe no como derecho a la anulación del negocio sustancial, sino como derecho a mantener bajo la sujeción ejecutiva del acreedor defraudado los bienes alienados mediante el negocio sustancialmente válido en

45. Véase, en cuanto a todos, ANDRIOLI, *L'azione revocatoria* (Roma, 1935), p. 48.

46. ANDRIOLI, *ob. cit.*, pftg. 49; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, n. 73.

47. Véase ANDRIOLI, *ob. cit.*, pftg. 74.

cuanto al resto, parece evidente que de la naturaleza cautelar de este derecho no se deriva que sea una providencia cautelar la sentencia que se pronuncia sobre el mismo, como no es una providencia cautelar la sentencia que, en caso de oposición, formulada por el tercero adquirente, de la inscripción hipotecaria tomada contra el deudor originario, declara la validez de la hipoteca y con ello mantiene bajo la sujeción ejecutiva del acreedor los bienes hipotecados adquiridos por el tercero.

Me parece que sólo en un caso la sentencia que pronuncia sobre la acción revocatoria puede considerarse, no ya como una providencia definitiva sobre un derecho cautelar, sino como una providencia **por sí misma cautelar**: cuando se estime que, para estar legitimado para pedir la revocación del acto fraudulento, pueda bastar el solo **fumus boni iuris** referente al crédito, la declaración del cual esté pendiente o se deje para llevarla a cabo en sede separada. En tal caso, la revocación del acto fraudulento, hecha en la hipótesis de que la providencia principal demuestre la existencia del crédito, tendrá función estrictamente cautelar, análoga a la de un secuestro (que funciona inmediatamente por medio de la transcripción de la citación: art. 1933, n. 3, del Cód. Civ.) de los bienes del tercero eventualmente sujetables a la ejecución forzada del acreedor y mantenidos, a través de la revocatoria, en el radio de acción de la misma. Pero dudo de que tal figura de revocatoria anticipada pueda **tute condito** admitirse; de todos modos, la jurisprudencia se aproxima a ella cuando considera que el crédito para el cobro del cual se actúa en revocatoria pueda ser eventual, o también declarado en vía de mera probabilidad a través de una condena genérica, salvo liquidación (véase, sobre la naturaleza de este instituto, el n. 41) ⁴⁸.

40. — Finalidad indirectamente cautelar pueden tener las transcripciones de las demandas de revocación, de rescisión y de resolución de que habla el art. 1933 del Cód. Civ., y de las previstas por el texto unificado de 31 de diciembre de 1923, n. 3272, art. 19; pero en estos casos los efectos, eventualmente cautelares, de la transcripción, derivan de ésta, sin necesidad de providencia alguna del juez⁴⁸. Lo mismo ocurre en cuanto a la separación del patrimonio inmobiliario del difunto del patrimonio del heredero, que se lleva a cabo mediante inscrip-

48. Véase ANDRIOM, <h cit-^a-U>-

49. Véase CHIOVBDA, *ISL*, I, n. 34 G. f (págs. 155-150); II, n. 257. Se pueden, por tanto, aproximar estos casos a la autotutela cautelar de que se ha hablado en la nota 40 de este capítulo.

ción en el registro de hipotecas (art. 2060 del Cód. Civ.); mientras que, cuando se trata de muebles, es necesario un pronunciamiento de la autoridad judicial (art. 2059) la cual "dicta las providencias necesarias para la conservación" de los muebles (arts. 900-901 del Cód. de Proc. Civ.; véase, anteriormente, la pág. 37).

41. — Se debe considerar separadamente, por su gran afinidad con las providencias cautelares, la hipoteca judicial.

Según el art. 1970 del Cód. Civ., "toda sentencia que contenga condena al pago de una suma, a la entrega de cosas muebles o al cumplimiento de otra obligación que pueda resolverse en el resarcimiento de daños" (aunque esté sujeta a gravamen, aunque no sea provisoriamente ejecutiva, y aunque no esté todavía notificada) "produce hipoteca sobre los bienes del deudor a favor de quien la ha obtenido": esto es, produce a su favor el **derecho de inscribir hipoteca** sobre los bienes del vencido.

La función cautelar de esta hipoteca llamada **judicial** no puede constituir materia de discusión, por su carácter evidente: si se piensa que la sentencia de primer grado sujeta a gravamen, que es título suficiente para la inscripción de tal hipoteca, no es todavía la declaración de certeza del crédito, y que, por consecuencia, la inscripción puede practicarse (y de ordinario ocurre así) mientras todavía se discute la existencia del derecho que la hipoteca garantiza, es fácil percibir en este instituto todos los caracteres propios de la función cautelar, en cuanto la inscripción hipotecaria trata de conservar los bienes que podrán ser objeto de una futura ejecución forzada, **en la hipótesis** de que la decisión definitiva del juicio que está pendiente reconozca la existencia de la deuda a satisfacer.

Pero si la función de la hipoteca judicial es, como se ha visto, genuinamente cautelar, no creo que en ella se pueda ver, como se ha sostenido⁸⁰, una verdadera y propia providencia cautelar. Sabido es que aun cuando la hipoteca sobre la que estamos discutiendo se llame, en el lenguaje de la ley, "judicial", la misma no está constituida por un pronunciamiento especial, del juez que, en tanto que decide sobre el crédito, deba también accesoriamente pronunciarse caso por caso sobre la hipoteca destinada a garantizarlo, sino que es un efecto **externo** que según la ley deriva indefectiblemente de la sentencia de condena,

50. Véase en este sentido NIGIDO, *L'ipoteca giudiziale come misura cautelare* (en *Annali del Seminario Giuridico della S. Università di Catania*, 1, n. 2, 1934).

considerada como hecho jurídico en sentido estricto^M, independientemente de todo mandato del juez. No se puede considerar, pues, en este caso, la constitución del derecho de hipoteca como efecto de una **providencia** del juez, a la que corresponda, **a parte actoris**, una especial acción cautelar dirigida a la concesión de tal garantía; de la misma manera que no existe en este caso una acción, porque toda sentencia de condena produce automáticamente el derecho de hipoteca **aun cuando el actor no lo haya solicitado**, tampoco existe aquí una providencia sobre la acción cautelar, porque el juez, mediante la sentencia de condena decide sobre el crédito, pero no provee (ni podría proveer) sobre la hipoteca destinada a garantizarlo.

Si la hipoteca judicial se debiese aproximar a alguno de los institutos cautelares reseñados hasta ahora, 70 la colocaría al lado de aquellos casos de ejecución provisoria, en los cuales la ejecutoriedad no deriva de una providencia del juez (la llamada "cláusula de provisoria ejecución") acompañada, constituyendo un extremo a propósito, al pronunciamiento sobre el mérito, sino que deriva inmediatamente e indefectiblemente de la ley (por ejemplo, arts. 328 del Cód. Civ. 7 913 del Cód. de Com.) sin necesidad de especial pronunciamiento. En estos casos, la ejecución provisoria es un **efecto cautelar** que la sentencia tiene **ope legis**, 7 para producir el cual no es necesaria la **providencia cautelar** que sería necesaria si tal efecto (como ocurre, en cambio, en los casos previstos por el art. 363 del Cód. de Proc. Civ.) se debiese producir **ope iudicis** (n. 15); análogamente en cuanto a la hipoteca judicial se puede decir que toda sentencia de condena, aun cuando no sea provisoriamente ejecutiva en cuanto al mérito, tiene **ope legis** efectos inmediatos ejecutivos en lo que respecta a la inscripción de la garantía hipotecaria. Se trata, pues, de una especie de limitada ejecución provisoria, dispuesta por la ley a los fines exclusivos de la inscripción hipotecaria: de **efectos cautelares** que la ley acompaña directamente a la sentencia considerada como hecho jurídico en sentido estricto, no de una **providencia cautelar**, que presupondría una especial valoración de las circunstancias concretas 7 un especial pronunciamiento del juez sobre las mismas^M.

51. Véanse a este respecto mis dos escritos: *Appunti sulla sentenza como fatto giuridico*, y *Xetroattività della sentenza e ipoteca giudiziale*, en *Studi*, III, páginas 131 7 193; y, en sentido contrario, BATTÀ, *Gli effetti secondari della sentenza*, en *Siv. dir. proc. civ.*, 1934, I, 251.

52. Se tiene, en cambio, una verdadera y propia **providencia cautelar de concesión de hipoteca** (el único caso en que en nuestro derecho se podría hablar en sentido propio de hipoteca judicial, porque se trata precisamente de hipotecas*).

42.— Una verdad«« providencia cautelar, annqe disfrazada, me parece, en cambio, que se puede encontrar en la llamada condena "genérica" al resarcimiento de los daños, en cuanto se considere como título suficiente para inscribir hipoteca judicial. He tenido ya ocasión de extenderme largamente sobre este singular instituto creado por la jurisprudencia **, y es inútil que me dedique a repetir aquí las razones por las cuales me parece encontrar en él una especie de expediente ingenioso utilizado por la práctica para integrar el sistema de los medios cautelares conocidos por nuestro derecho y para alcanzar, a través de la hipoteca judicial inscrita a base de un juicio de *mera probabilidad* sobre el crédito, efectos asegurativos sobre inmuebles del deudor, semejantes a los que se podrían conseguir si nuestro derecho conociese el secuestro conservativo inmobiliario ^M.

En un solo punto es conveniente insistir: en destacar que la finalidad puramente cautelar de la llamada condena "genérica" se deriva, sobre todo, del principio admitido comúnmente por la jurisprudencia (véase, anteriormente, el n. 34) de que, no obstante haber alcanzado la categoría formal de cosa juzgada dicho pronunciamiento afirmativo sobre la existencia del crédito a liquidar (*an deleatur*), el juez de la liquidación queda en libertad de declarar que el *quantum* se reduce a cero y que, por tanto, el crédito no existe. Si se acepta tal principio, es forzoso considerar que la llamada "condena genérica" se funda no sobre un juicio de verdad, sino sobre un juicio de verosimilitud, semejante en todo a aquel otro sobre el cual están basadas muchas medidas cautelares (n. 20); y entonces, puesto que el único efecto jurídico que puede tener esta sentencia, no idónea en sí para crear la cosa juzgada sustancial sobre la existencia del crédito, es el de servir de título para la inscripción de la hipoteca judicial, es forzosamente necesario admitir que la misma, aun cuando se presente con las apariencias de una decisión sobre el mérito, no quiere ser en realidad otra cosa que una providencia asegurativa, dada interinamente en la hipótesis (apoyada

concedida por el juei en vista de las especiales circunstancias de hecho) en el caso previsto por el art. 246 del texto unificado de la ley municipal y provincial del 8 de marea de 1934, n. 882; sobre el cual véase LucirREDI en *Bassegna di Xegitl. por i Comuni*, 1935, págs. 2151 y sigs.

53. *La eondtmna generica ai danni*, en *Studi*, III, pág. 221. (Traducido en ate volumen).

54. El carácter cautelar de la condena genérica a los dallos se reconoce actualmente también por la Corte de Casación (véase la decisión de 24 de junio de 1935, 8ª sección, publicada en *Mat». Foro it.*, 1935, col. 548); y me parece que también por CABNACINI, *Pignoramento*, cit., págs. 290-291, nota.

en tin juicio de probabilidad) de que el proceso ulterior sobre el **quantum** demuestre la existencia del crédito asegurado. De modo que, en conclusión, la separación, introducida en la práctica, entre el juicio sobre el **an deleátur** y el juicio sobre el **quantum deleátur** debería considerarse, más bien que como un caso de fraccionamiento de la decisión **sobre el mérito** en fases procesales distintas (pluralidad de decisiones sobre cuestiones diversas de la misma relación controvertida), como un caso de separación entre la fase cautelar (destinada a crear, **en la hipótesis** de que el crédito pueda resultar subsistente, un título provisorio para inscribir hipoteca judicial) y la fase principal (destinada ella sola a establecer la certeza de un modo definitivo, en los dos aspectos lógicamente inseparables de la existencia 7 del monto, del derecho controvertido).

CAPITULO V

CONCLUSIONES

Sti MARIO — 43. a) Las providencias cautelares en sus relaciones con la cognición y con la ejecución. — 44. b) Las providencias cautelares en sus relaciones con las providencias sumarias. — 45. c) Las providencias cautelares como instrumentos para el mejor funcionamiento de la justicia. — 46. Deficiencias del sistema cautelar en el derecho positivo italiano.

43. — La reseña específica que hemos realizado de las providencias cautelares y la delimitación casuística entre las mismas y las formas afines, nos permite extraer de nuestro estudio algunas consecuencias de carácter general.

a) En primer término se confirma, a través de una serie de pruebas que nos faltaban al iniciar nuestro estudio, que el criterio a base del cual las providencias *cautelares* se distinguen de las *no cautelares* (denominadas *principales* por nosotros) no es un criterio referente al contenido, esto es, a la *cualidad de los efectos*, como el que sirve para distinguir las providencias jurisdiccionales en los dos grandes grupos de providencias *de cognición* y providencias *de ejecución*. Si se atiende a la cualidad de los efectos, las medidas cautelares pueden tener cabida, *consideradas en si mismas*, entre las providencias de cognición o entre las de ejecución (véanse, anteriormente, los ns. 26 y 29); su peculiaridad característica se busca, por el contrario, en la relación de *instrumentalidad* que liga indefectiblemente toda providencia *cautelar* a una providencia *principal*, el rendimiento práctico de la cual se encuentra facilitado y asegurado anticipadamente en virtud de la primera.

Nuestro estudio nos permite también confirmar la insuficiencia y la restricción del criterio sistemático seguido por ciertos autores, especialmente alemanes¹, que no hacen una categoría por sí mismas

1. No sólo por los menos recientes, entre los cuales particularmente GÜTHE, escrito citado, concibe todas las providencias cautelares como rasos de "*antiaipirte ZwangsvoUatreckung*", sino también por algunos de los más modernos, entre ellos BOSNBIBG.

de la» providencias cautelares» sino que las consideran como un apéndice de la ejecución forzada, colocadas frente a ésta aproximadamente en la misma posición de acesoriedad en que los procedimientos probatorios se estudian como un capítulo del proceso de cognición. Verdaderamente, de la misma manera que bajo el punto de vista del contenido (cualidad de los efectos) las providencias cautelares pueden tener, según los emm, naturaleza declarativa o ejecutiva, bajo el punto de vista de su instrumentalidad no todas se prestan a ser estudiadas como pertenencias de la ejecución forzada, no solamente porque algunas de ellas (las dirigidas a "asegurar la prueba") se prestarían mejor, también por razón de su finalidad, a ser estudiadas en todo caso como apéndice al proceso de cognición, sino, sobre todo, porque hay un grupo de medidas cautelares (las estudiadas por nosotros *süb c*) la instrumentalidad de las cuales no consiste en anticipar los efectos *ejecutivos* de la providencia principal, sino en anticipar los efectos *decisorios* de la misma, constituyendo, en previsión de la decisión definitiva que seguirá, obligaciones que puedan ser (y acaso ocurra que en realidad lo sean) cumplidas sin necesidad de recurrir a la ejecución forzada.

44. — b) Resulta igualmente que el criterio de clasificación de las providencias cautelares se encuentra lógicamente en un plano diverso del utilizado por una doctrina autorizadísima para crear la categoría de las llamadas "providencias con predominante función ejecutiva" (cognición sumaria).

Esta clase de providencias jurisdiccionales que en la tetracotomía chiovendiana figura en el mismo plano que los otros tres tipos (cognición ordinaria, cognición sumaria, conservación, ejecución forzada), constituye en sustancia una subespecie de las providencias de cognición, diferenciada por la abreviación (*carácter sumario*) del procedimiento instructorio que precede a la emanación de la providencia. No se trata, pues, de una diversidad de contenido (cualidad de los efectos), sino de una diversidad de *formación*, que conduce, con mayor celeridad y simplicidad que la que se observa en el procedimiento instructorio ordinario, a la creación de una providencia que, por la cualidad de sus efectos, no es otra cosa que una providencia *de cognición*.

Por la misma razón por la cual no se pueden contraponer en una clasificación homogénea las providencias *de cognición* a las providencias *cautelares* (ya que también una providencia, cautelar por su fin, puede ser, por la cualidad de sus efectos, una providencia de eogni-

ción), no se pueden contraponer las providencias **cautelares a las** providencias **sumarias** (declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva); porque también una providencia cautelar puede dictarse a base de una cognición abreviada (sobre la acción cautelar: ejemplo, art. 925 del Cód. de Proc. Civ.) y resultar comprendida, por tanto, simultáneamente entre las providencias cautelares por su fin y entre las providencias sumarias por el modo de su formación.

45. — c) Pero si, por las razones expuestas, considero que la tutela cautelar no se puede insertar entre la cognición y la ejecución como **tertium genus** colocado con homogeneidad de criterio en el mismo plano, no por eso me adhiero a la teoría últimamente expuesta por quien, resucitando el concepto de derecho subjetivo sustancial de cautela que en nuestra doctrina procesal parecía superado hace tiempo⁸, llega a la conclusión de que las medidas cautelares no se pueden configurar sistemáticamente **como categoría procesal** diferenciada por caracteres propios referentes a la providencia, sino que pueden, a lo sumo, constituir una agrupación empírica basada **sobre la naturaleza del derecho sustancial** (derecho sustancial de cautela) que se hace valer por medio de estas medidas, del mismo modo que, cuando se habla de proceso "de reivindicación" o "de servidumbre"⁹, la calificación se deriva no de características formales del proceso, sino de la **materia** sobre la que el proceso trata.

To pienso, por el contrario, que las providencias cautelares tienen su inconfundible fisonomía **procesal**, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que, aun no siendo los mismos que sirven para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales.

La definición de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal, ha de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la **cualidad** (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el **fin** (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que éstos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que puedan ceder el puesto o los efectos de la providencia principal.

2. ALLOMO, escrito citado, ~~págs.~~ 11-12 de la edición separada.

8. EL parangón es del mismo ALLOMO, escrito citado, pág. 4.

Una vez* que hemos encontrado la característica procesal de las providencias cautelares en su instrumentalidad, hemos creído que con ello se pone en evidencia que su nota distintiva debe buscarse más que en la esencia de las providencias en sí, en **la relación en que la misma se encuentra con otra providencia**, de la cual en la definición no puede concebirse desligada. No son raros los casos, en la sistemática procesal, en que el alcance exacto de una calificación atribuida a una providencia no puede ser comprendido plenamente sino en contraposición a otra calificación, que representa el término correlativo indispensable para la inteligencia de la primera: piénsese, por ejemplo, en la distinción de las sentencias en **interlocutorias y definitivas**, o en la adoptada por otros de las providencias judiciales en **instructorias y decisorias**. Igualmente la calificación de **"cautelar"**, atribuida a una providencia, no puede entenderse por sí sola: es necesariamente preciso, para comprenderla en su pleno significado, ponerla en relación con la otra calificación de "principal", que, constituyendo lo contrario, sirve para limitar y aclarar la primera.

Es sintomático que en la doctrina no hayan faltado tentativas de buscar la definición de la providencia cautelar en BU relación necesaria con otra providencia, con la cual constituye una especie de binomio lógico inseparable. Ta en sus **Lezioni**, CARNELUTTI busca la definición de las providencias cautelares contraponiendo el "proceso cautelar" al "proceso definitivo"⁴; y en otro lugar observa que estas providencias "tienen un carácter de transición entre la providencia **decisoria** y la providencia **instructoria**"*. Algo semejante parece que quiera decir CONIGLIO⁹ cuando escribe que "en las relaciones entre la confirmación y el proceso de mérito, la sentencia de confirmación se presenta como **una interlocutoria en sentido amplio**",

Pero no creo que la relación necesaria, que tiene lugar entre las providencias **cautelares** y las providencias **principales**, se pueda de manera alguna llevar a las clasificaciones que tratan de contraponer en el curso del mismo proceso, las providencias que deciden **sobre la relación procesal** de las que deciden **sobre la relación sustancial** ¹¹ **"sobre el mérito"**). La providencia cautelar no es, en efecto, una providencia **sobre el proceso**, que se pueda oponer a la providencia principal, concebida como única providencia **sobre el mérito**. También la providencia

4. *Legioni*, II, págs. 107108.

6. *Esecuzione*, I, n. 117, p&g. 246.

6. *Sequestro*, n. 180, p&g. 448.

cautelar es una providencia **sobre el mérito**; esto es, una providencia que pronuncia sobre el fundamento de la acción cautelar, y que constituye la conclusión de un proceso (cautelar) separado, en el curso del cual pueden dictarse providencias instructorias referentes al proceso cautelar (por ejemplo, la sentencia interlocutoria que admite una prueba testimonial sobre el estado de peligro); pero se trata de un **mérito** diverso de aquel al que se refiere la providencia principal, esto es, de una acción cautelar, que tiene condiciones distintas e independientes de las que son propias de la acción principal. Esto es aplicable, como se ha advertido ya también a las providencias cautelares del grupo **a**, las cuales, si funcionan, respecto al proceso principal, como providencias **instructorias** anticipadas⁷, tienen, sin embargo, el carácter de providencias definitivas sobre la **acción cautelar**

La relación que tiene lugar entre la providencia cautelar y la providencia principal no es, en realidad, definible con la simple remisión a otras clasificaciones utilizadas por la doctrina para otros tipos de providencia: decir que las medidas cautelares se aproximan por ciertos caracteres a las providencias instructorias, o que, por otra parte, se asemejan a las providencias **condicionales** o a las **hipotéticas** (véase el n. 28), significa olvidar, al amparo de estas semejanzas aproximativas, la diferencia específica, única que permite hacer de las providencias cautelares un grupo netamente individualizado.

Se ha tratado, en el curso de este estudio, de aislar esa diferencia específica, expresándola con el carácter qué, para entendernos mejor, hemos llamado **"instrumentalidad"**. La palabra podría no parecer feliz, y no tomaríamos a mal que otros la sustituyesen por diferente expresión más apropiada; pero lo que cuenta es la noción que por medio de esta palabra se quiere expresar, la cual, si no nos hemos engañado en las páginas que preceden, es la única que consigue recoger la función típica e inconfundible de las providencias cautelares en cuanto destinadas a anticipar, en todo o en parte, los supuestos efectos, decisorios o ejecutorios, de la providencia principal, y a hacer interinamente sus veces (por lo que, bajo este aspecto, la **instrumentalidad** se podría denominar también **vicariedad**)⁸. en espera de la emanación

7. Véase BÜLOW, *Klage und Urteil* (en *Zeits. f. deuts. G. R.* XXXI, pags. 191 y sigs. >, págs. 220 y siga.

8. He traducido "*vicarietd*" por vicariedad, porque si bien esta palabra no es de uso corriente en castellano (podría decirse que no es de diccionario), lo mismo le ocurre a aquella en italiano, lo que me autoriza a reflejar exactamente el pensamiento del autor «N del T

de la zalamá, qne, cualquiera que tea su contenido e independientemente de enalquier nuevo examen, marcará necesariamente el término de su efímero ciclo vital

46. — d) Es necesario, finalmente, poner de relieve, como conclusión de este trabajo, que el carácter de *instrumentalidad* que las providencias cautelares revisten siempre en relación a otra providencia principal la eficacia de la cual garantizan preventivamente, hace aparecer en ellas, de una manera preeminente y casi diría exacerbada, más que en todas las otras categorías de providencias jurisdiccionales, la finalidad *públicística* de su función.

Las providencias cautelares, como ya se observó, están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por decir así, la *seriedad* de la función jurisdiccional; esa especie de befa a la justicia que el deudor demandado en el proceso ordinario podría tranquilamente llevar a cabo aprovechando las largas dilaciones del procedimiento para poner a salvo sus bienes y reírse después de la condena prácticamente impotente para afectarlo, puede evitarse a través de la tutela cautelar. La misma se dirige, pues, como las providencias que el derecho inglés comprende bajo la denominación de *Contempt of Court*, a salvaguardar el *imperium iudicis*, o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde.

Las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre. Si la expresión "policía judicial" no tuviese ya en nuestro ordenamiento un significado preciso, podría resultar singularmente adecuada para designar la tutela cautelar; en ella se encuentran, en efecto, puestos al servicio de la función jurisdiccional, los poderes de prevención, ejercitados en vía de urgencia y a base de un juicio provisorio en el que tienen amplia parte las consideraciones de oportunidad, que son precisamente características de la función de policía verdadera y propia. Incluso se podría decir que *precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la tona fronteriza entre la función jurisdiccional y la, administrativa, de policía •*

9. EN «ato sentido se expresaba ya PETIRH, *Arreat und einttv. Vtrf.*, pág. 81, citado por GÜTHE, *ter. eit.*, p&g. 368, nota 26.

Este carácter eminentemente pnblicístico de las providencias cautelares se pone de relieve, también en materia civil, en la mayor energía con que la jurisdicción se ejercita cuando está dirigida a fines cautelares; no sólo en la aceleración del procedimiento y en el carácter sumario de la cognición, sino también en el acrecentamiento de los poderes de iniciativa del juez; no olvidemos que el caso más típico, si no el único de nuestro proceso, en que el juez civil puede proceder sin petición de parte, es el de la declaración de quiebra pronunciada *de oficio*, que, como se ha Visto, es prefig&nfhte una medida cautelar. Y quizá por haber intuido que las medidas cautelares hacen relación, más que a la tutela de los derechos subjetivos¹⁰, a la policía del proceso, la jurisprudencia se ha manifestado reacia a admitir que se pueda conferir a los árbitros por los compromitentes el poder de conceder secuestros durante el juicio arbitral; opinión que, si el secuestro no apareciese como una medida de índole genuinamente perteneciente al *imperium iudicis*, difícilmente se justificaría (por lo que se refiere a la fase decisoria) a base de las reglas que establecen cuáles son las controversias que se pueden comprometer en árbitros¹¹.

Cuanto se ha dicho hasta ahora encuentra amplia confirmación en la legislación penal¹²; no sólo porque en ella se contienen, a veces también más claros y evidentes, los varios tipos de providencias cautelares ya encontrados en el proceso civil (medidas cautelares dirigidas a asegurar las pruebas y el cuerpo del delito: véanse los arts. 219, 222, 226, 309 y siguientes del Cód. de Proc. Pen.; medidas cautelares dirigidas a asegurar, mediante la conservación del patrimonio, la satisfacción de las obligaciones civiles que nacen del delito o del proceso penal: véanse los arts. 189-194 del Cód. Pen., y arts. 616 y siguientes del Cód. de Proc. Pen.; medidas cautelares dirigidas a impedir el alejamiento del imputado, al objeto de asegurar a los fines probatorios su presencia en el proceso penal, y también a asegurar preventivamente la disponibilidad física de la persona que podrá ser objeto de ejecución penal: arts. 235 y siguientes del Cód. de Proc. Pen.), sino también porque el actual Código Penal, cuando castiga como delitos *contra la administración de justicia* el hecho de quien "modifica artificiosamente

10. Véase CHIOTINDA, *Ist.*, I, pág. 215; en sentido contrario, y en oposición a la doctrina moderna, ALLOMO, escrito citado.

11. Véase Sentencia de apelación, Milán. 31 de diciembre de 1932, en *T&mi Lomb.* 1933, pág. 534; y ALLOMO, escrito cit., nota 2 en pág. 22 de la ed. sep.

12. Véase Sicüiani, *II sequestm conservativo penale nel sistema dei proc cautelari*, en *Siv dir proc civ.* 1928 T págs. 38 y sig.

el estado de los logares o de las cosas o de las personas" considerados como "posibles objetos de cognición civil" (art. 374, *fraude procesal*), o bien altea dolosamente el patrimonio considerado como posible objeto de ejecución forzada (art. 388, *falta dolosa de ejecución de una providencia del juez*), demuestra que la conservación de los medios idóneos a asegurar la efiencia práctica de las providencia» judiciales 3« »ente por el Estado como una exigencia de orden público referente al buen funcionamiento de la jurisdicción. T éste es un argumento más para considerar las providencias cautelares, que responden, en ios modos que ya hemos visto, a aquella misma exigencia, como instrumentos puestos al servicio de la jurisdicción, a fin de impedir que el "*law's delay*" de shakesperiana memoria concurra a aumentar, con la involuntaria complicidad de la justicia, los daños derivados de la lesión del derecho.

Estas últimas consideraciones permiten comprender la importancia práctica que tiene, en un sistema procesal, el buen ordenamiento de los medios cautelares, la deficiencia de ios cuales puede debilitar la eficacia de la función jurisdiccional en su momento ejecutivo, e impedir a la justicia, por falta de medidas preventivas rápidas, enérgicas y completas, el logro de sus últimos fines.

47. — Por esto, si en la reforma del proceso civil se quiere robustecer el proceso ejecutivo, será necesario comenzar por una prudente cura reconstituyente del sistema cautelar: cuyos defectos, en el vigente ordenamiento procesal, me parece que, a través de la reseña que hemos realizado, se pueden concretar en los puntos siguientes:

1') falta, *in iure condito*, de un poder cautelar general, que permita al juez, en caso de peligro en el retardo, establecer cada vez, independientemente de los especiales medios cautelares preconstituídos, las medidas asegurativas que mejor correspondan a las exigencias del caso concreto;

29) falta de un tipo uniforme de *procedimiento sumario cautelar*, establecido a propósito para hacer más expedita y más simple la tutela asegurativa en todas sus posibles manifestaciones, con reglas adaptables a los varios fines cautelares, previstos por la ley o bien creadas, caso por caso, por el juez. Tal unificación del procedimiento cautelar debería no sólo eliminar viejas disputas originadas en el proceso actual por deficiente coordinación de institutos (como la tan debatida que concierne a la forma para pedir el secuestro judicial), sino también prestarse a dar.

a través de la aceleración derivada de la cognición sumaria, una función declaradamente cautelar a institutos que hoy la asumen alguna vez, forzando el derecho constitutivo, a través de la jurisprudencia, como ocurre con la acción revocatoria o con la hipoteca judicial, que, en caso de *periculum in mora*, podrían *in ture condendo* convertirse en instrumentos cautelares basados sobre cognición sumaria;

3^) especialmente, falta de reglas generales, que se extiendan a todos los medios probatorios, concernientes al procedimiento cautelar para el aseguramiento de las pruebas;

4') especialmente, falta, entre los medios cautelares dirigidos a asegurar la ejecución forzada, de un secuestro conservativo *sobre los inmuebles*, cuya función no puede ser sustituida plenamente, como demuestran los vanos esfuerzos de la práctica, ni por la revocatoria a causa de un crédito eventual, ni por la hipoteca judicial a base de condena genérica^{1*}.

Sería injusto olvidar que estos graves defectos del sistema cautelar hoy vigente encuentran adecuada consideración y, casi siempre, remedio apropiado en el *Proyecto CARNELUTTI*, cuyos arts. 324-335 (arts. 314-325 del *Proyecto revisado*) deberán ser tenidos en cuenta por quien se encargue de reformar esta materia.

13. Véase CABNACINI, *Pignoramento*, cit., págs. 290-291, nota 2.

APENDICES

APENDICE PRIMERO

LA CONDENA "GENERICA" A LOS DANOS (*)

(Publicado en la ***Rivista di diritto processuale civile***, 1933, I, paga. 357-387. Reproducido en ***Studi sul processo civile***, III, paga. 221-252).

(*)Homenaje * MARIANO D'AIMUO, al cumplirse los diei años de la unificación de la Corte de Casación.

SUMARIO____1. Separación consuetudinaria del juicio de dallos en dos fases; razones prácticas de ello. — 2. Su desarrollo en la jurisprudencia. — 3. Jurisprudencia de la Corte Suprema: la condena "genérica" a los daños.— 4. La distinción de las dos fases, como separación de decisiones sobre cuestiones diversas. — 5. Inseparabilidad lógica del juicio sobre la existencia y el juicio sobre la cantidad del fallo. — 6. Distinción entre daño genérico y daño específico en la jurisprudencia: principios establecidos en materia de fallo y de prueba. — 7. Investigación de verosimilitud e investigación de verdad sobre la misma cuestión. — 8. La llamada condena "genérica" es una sentencia de declaración de mera certeza. — 9. Crítica a la opinión de VABSALLI, que la clasifica entre las condenas condicionales. — 10. Casos de cognición de verosimilitud con finalidad cautelar. — 11. Finalidad cautelar de la condena genérica a los daños. — 12. Aplicaciones.

1. — En la práctica judicial, en la cual, como diría Amleto a los teóricos del proceso, "existen muchas más cosas que las que vuestra filosofía pueda pensar", se ha formado de antiguo, al margen de las leyes, la costumbre, acerca de la legitimidad de la cual a ningún abogado se le ocurriría dudar, de escindir la cognición sobre las acciones de resarcimiento de daño en dos fases, y hasta en dos procesos separados, uno destinado a establecer la certeza acerca de si el demandado debe jurídicamente responder del hipotético daño (o» *deleátur*), y el otro sucesivo, destinado a establecer en concreto la certeza del importe del daño, del cual el demandado ha sido ya hipotéticamente responsable (*quantum deleátur*).

Tal escisión del juicio de daños en dos fases, actualmente tan generalizada en las costumbres de los prácticos que hace aparecer como rareza judicial los casos en que en un mismo acto de citación hayan sido simultáneamente pedidas la declaración de responsabilidad y la concreción del daño, sin la reserva de estilo de la "liquidación en séde Beparada", ha encontrado de antiguo el favor del foro, por una serie de consideraciones, más psicológicas que jurídicas, que sólo en parte se pueden confesar abiertamente. Entre las razones confesables está ciertamente la de la mayor simplicidad y ligereza que presenta el juicio sobre el *an deleátur*, casi siempre concentrado en una cuestión de

derecho, respecto del juicio sobre el *quantum*, con pesadez y complicaciones determinadas en la mayor parte de los casos por cuentas e informes técnicos de larga investigación; de suerte que puede resultar oportuno apresurarse a provocar una decisión sobre el primer punto, que en caso de derrota costará menos, y en caso de victoria proporcionará al perjudicado el modo de adoptar, en espera de la lenta liquidación, medidas cautelares adecuadas, y le facilitará, una vez afirmada judicialmente la responsabilidad del demandado, la transacción amistosa en cuanto al importe de los daños (hasta luego a considerar que precisamente esta última es, en el interés público de la simplificación judicial y de la disminución de la litigiosidad, la ventaja más importante de la separación de los dos juicios; si fuese posible poseer al respecto datos estadísticos exactos, se vería que una buena parte de las acciones de resarcimiento concluyen en la primera fase, la cual basta para inducir a las partes a ponerse de acuerdo con el objeto de evitar la segunda).

Pero en el fenómeno entran en juego ciertamente también otras razones menos confesables: obtener una declaración genérica de responsabilidad, remitiendo a un segundo tiempo la demostración del daño efectivamente sufrido, puede ser, para el litigante de mala fe, una manera de aprovecharse de las circunstancias a fin de intimidar al responsable y de arrancarle más de lo que en un juicio de liquidación resultaría debido; y no se debe olvidar que tales desdoblamientos procesales de una causa sustancialmente única son mirados con favor por una cierta mentalidad curialesca, la cual estima que también en el proceso se puede aplicar útilmente, con menor fatiga y mayor ventaja, la táctica de hacer frente a los enemigos, y también a las cuestiones jurídicas, poco a poco, que se remonta, como es sabido, a la contienda entre Horacios y Curados.

2. — Aunque en nuestro derecho positivo ninguna disposición regula expresamente esta escisión del juicio de daños en dos procesos (tan sólo el art. 677, n. 9 del Cód. de com. alude al caso en que se tenga una "sentencia de condena al resarcimiento de los daños, pero que éstos no se hallen todavía liquidados"), la jurisprudencia la ha admitido sin discusión y si el reciente Cód. de proc. penal, con el discreto propósito de eliminar los abusos a que han dado siempre lugar las condenas al resarcimiento de los daños pronunciadas por el juez penal con reserva de liquidación en sede civil (véase el art. 430 del

Cód. de proe. penal, derogado), ha tratado en tm primer momento de prohibir en general la separación de las dos fases (art. 26), realmente la disposición del art. 489, que ha reconocido en ciertos casos al juez penal la facultad de remitir a la sede civil la liquidación de los daños, ha atenuado de tal manera el rigor de aquella prohibición, que da lugar & pensar que la práctica no ha sufrido un cambio sensible en virtud de esta reforma¹.

Es preciso considerar, por otra parte, que, aun a falta de disposiciones positivas, la separación del juicio de daños en dos fases encuentra (al igual que la acción de declaración de mera certeza, concebida como medio general de actuación de la ley) exhaustiva justificación en el principio del interés en obrar: corresponde a las partes determinar el *ihema deeidendum* a someter al juez; y si las partes en un primer tiempo consideran útil limitar la controversia al único punto del *an deleátur*, no puede el juez negarse a tomar en consideración esta petición, si en el comercio jurídico también un pronunciamiento limitado a este punto puede presentar, como antes se ha visto, una utilidad efectiva, y, por consiguiente, aparecer como idónea para satisfacer el interés de quien la solicita*.

Pero, aun admitiendo en general la legitimidad de semejante separación, la jurisprudencia ha tratado, con el propósito de atenuar los inconvenientes sin destruir Ips ventajas, de regular su ejercicio; y, sobre todo, ha dado autorizado impulso a tal regulación la Corte de Casación, la cual, durante el decenio de unificación, ha procurado, en centenares 3e pronunciamientos, de les que sólo una parte aparecen en los repertorios, fijar los caracteres y las condiciones del pronunciamiento separado sobre el *an deleátur*, que hoy *en día* se conoce *en la práctica* con la denominación, que nadie sospecha pueda ocultar una *contradictio in adiecto*, de "condena genérica a los daños".

A diez años de aquella pródida unificación de la Suprema Corte, que, no obstante críticas fáciles, no ha frustrado los esperanzas de sus autores, as posible darse cuenta de la fuerte huella marcada, en los más heterogéneos campos del derecho, por la función reguladora del Supremo Colegio. No se pueden contar los institutos jurídicos que, descuidados un tiempo por la doctrina o desdibujados por la diversidad de opiniones, se precisan y se aclaran hoy a través de sus pronunciamientos, inspirados por las vivas necesidades de la práctica; y

1. Véase, a este respecto, MANÜIKI, *Mr. proe. pen.*, I, pögs. 304 y triga.

2. VèMM OASNSLUTTI, *Leeioni*, IV, pág. 20.

entre estos la "condena genérica a los daños", instituto que podrís ser citado como ejemplo típico de creación puramente jurisprudencial.

3. — En la concepción de la Suprema Corte, el pronunciamiento separado sobre el *an deleatur* tiene la naturaleza de una sentencia de *condena*-, es ésta una premisa preliminar, acerca de la exactitud de la cual no parece que haya surgido discusión en ningún momento.

El Supremo Colegio ha comenzado, hace cerca de diez años, a sacar de esta premisa la consecuencia, que se ha ido después delineando cada día mejor en su jurisprudencia de los años sucesivos, de que para obtener la decisión separada sobre el *an deleatur* no basta, como hasta aquel tiempo se había predominantemente considerado, demostrar solamente la existencia de una hipotética responsabilidad por un daño meramente posible, destinada a integrarse y a concretarse en sede de liquidación con la demostración del daño efectivamente sufrido*, sino que es necesario, además, demostrar ya en esta primera fase la *efectiva existencia del daño*, reservando a la fase de liquidación solamente la declaración cuantitativa de certeza del daño *ya demostrado existente*.

A fijar este principio, que al aparecer, en 1924, encontró la férvida adhesión de un estudioso serio como VASSAUJ *, la Corte Suprema fué impulsada, según aparece de las motivaciones de sus primeros pronunciamientos en este sentido, por un doble orden de consideraciones. Bajo el aspecto dogmático, la Corte observó que el derecho al resarcimiento de los daños, sin distinguir si está basado en el art. 1151 o en el art. 1218 del Código Civil, tiene siempre entre sus hechos constitutivos esenciales la existencia de un daño efectivo; de suerte que no se puede decidir si este derecho existe, sin tener la prueba de la existencia del daño. Por otra parte, bajo el aspecto procesal, la Corte consideró "en oposición con el carácter práctico y con la economía de los juicios el dar acceso, sin determinación alguna, a la liquidación,

8. Véate, además de las numerosas decisiones de las Cortes de mérito que en este sentido se encuentran todavía en 1925 (*Bep. Foro it.*, 1925, vos *Danni*, ns. 9-14), la jurisprudencia de la misma Corte Suprema hasta, su decisión del 23 de octubre de 1924 (pres. Vensi), en la cual se observaba no ser exacto que para decidir sobre el *an debeat* fuese necesario probar la existencia del daño "ya que basta que del hecho del cual se ha declarado responsable *puedan* derivar daños. " (en *Corte di Cassazione*, 1925, pág. 30).

4. *Sulla condanna ai danni salvo liquidazione*, en *Corte di Cassaz.* 1924, págs. 424 y sigs.; véase también, recientemente, RIMONCELLI (P.), en *Foro it.*, 1932, I, cola. 258 y sigs., con referencias de jurisprudencia también anterior al 1924.

dejando a salvo el que después se pueda decir que no había caso para ello"⁸.

Estos dos órdenes de consideraciones habrían debido lógicamente llevar a la Corte a negar en todos los casos la legitimidad de la escisión del juicio de daños en dos procesos; pero el Supremo Consejo, en vez de rechazar de plano esta separación entonces admitida por la práctica, consideró mejor solución el intentar atenuar los inconvenientes de la misma; 7 a tal fin, aun exigiendo que en la primera fase, la referente al *an deleátur*, se diese la prueba del daño, elemento esencial del derecho al resarcimiento, se contentó con una prueba dada "al menos en modo genérico"⁸, reservando para el juicio separado sobre el *quantum* la prueba específica del daño efectivamente sufrido.

Se abrió así el paso a las disputas, que desde entonces se renuevan cada día en la práctica judicial, sobre el alcance exacto de esta prueba "genérica" del daño que ha de darse en el juicio sobre el *an deleátur*; y se comenzó a hablar de daño "genérico" como de entidad contraponible al daño específico, y de esta llamada condena "genérica" a los daños, en torno a cuya naturaleza no creo que la jurisprudencia de la Corte Suprema haya tampoco encontrado hasta ahora su definitivo equilibrio.

Una prueba de la dificultad en que la propia Casación se ha encontrado y se encuentra para adaptar a los innumerables aspectos de la práctica este principio por ella formulado por primera vez, se encuentra en la verdaderamente extraordinaria copiosidad de fallos que en torno al mismo continúan produciéndose en las Cortes de mérito y en el Supremo Colegio; a quien examine, de diez años a esta parte, los repertorios y los maximarios de jurisprudencia en relación a la voz *Daños*, le puede parecer que en este decenio los jueces y los abogados no hayan encontrado cosa mejor que hacer que especular sobre el daño "genérico" y sobre los medios más adecuados para probarlo.

Se comenzó por afirmar que al juicio sobre el *an deleátur* se debe aportar la prueba "al menos en modo genérico" de la existencia del daño, y al mismo tiempo de la relación de causalidad que tiene lugar entre el hecho ilícito y el daño⁷. Pero después se trató de atenuar el

5. Véanse las primeras sentencias en este sentido 7 de marzo, 26 de marzo, 8 de abril de 1924, en *Corte Cassaz.*, 1924, pftgs. 32S, 362, 424; 22 de junio de 1926, en *Foro it.*, 1925, pág. 932 (de donde se ha tomado el pasaje reproducido en el texto).

6. La frase se encuentra en la sentencia de 7 de marzo de 1924, antes citada.

7 Casación, 26 de mayo de 1924, en *Corte di cataos.*, 1924, pág. 362.

alcance de este principio, reconociendo que, para ciertas categorías de hechos, la existencia de un daño, y su directa derivación del hecho ilícito, debe, sin más, presumirse; como ocurriría en cuanto al incumplimiento contractual, el cual "en materia comercial produce siempre una disminución de lucro y, por consiguiente, un daño"⁸, o también para ciertos hechos ilícitos extracontractuales que sean normalmente considerados como *intrínsecamente dañosos**, o como tales que permitan presumir que el daño sea «*re ipsa*»¹⁰ o, como en otra ocasión se ha dicho, consecuencia *implícita* y *necesaria* del hecho dañoso¹¹. Pero no faltan otras decisiones, igualmente recientes, las cuales afirman, por el contrario, que también en caso de culpa contractual es necesaria, en el juicio sobre el *an deleatur*, la prueba genérica del daño¹³, y que no basta nunca, en ningún caso, la sola abstracta posibilidad de daño¹⁸; de suerte que resulta muy arduo extraer un sistema de principios seguros de este cúmulo siempre creciente de decisiones aparentemente contradictorias, cada una de las cuales se justifica acaso a base de valoraciones especiales, que no tienen cabida en la formulación del principio general.

Las dificultades se acrecientan cuando se trata de establecer las relaciones entre la prueba del daño genérico que ha de producirse en el juicio sobre el *an deleatur* y la del daño específico que ha de producirse en el juicio de liquidación, así como los límites objetivos en que la condena "genérica" a los daños pueda constituir cosa juzgada para la sucesiva valoración del *quantum*. Pero sobre estos puntos neurálgicos de la jurisprudencia volveré, de propósito, más adelante; aquí me basta solamente con observar que si la introducción en nuestro derecho del concepto de condena "genérica" a los daños ha sido originariamente sugerida por el sano propósito de reprimir la litigiosidad y de favorecer la economía de los juicios, no parece, a juzgar por los repertorios de jurisprudencia, que este fin haya sido alcanzado. Hasta se podría decir, si se ha de creer en las apariencias, que esta busca preliminar del daño

8. Casación, 1^o de noviembre de 1927, en *Bep. Foro tí.*, 1927, vos *Danni*, n. 4; Casación, 17 de diciembre de 1930, en *Bep. Foro tí.*, 1930, misma vos, as. 1, 2, 8.

9. Casación 11 de abril de 1927, en *Bep. Foro tí.*, 1927, voz *Danni*, n. 10.

10. Casación, 15 de febrero de 1928, en *Bep. Foro tí.*, 1928, voz *Danni*, n. 10; T de marzo de 1933, en *Mas». Foro tí.*, 1933, col. 188; Ses. Un., 13 de junio de 1933, en *Mate. Foro tí.*, 1933, col. 438.

11. Casación, 26 de julio de 1927, en *Foro tí.*, 1927, I, 192.

12. Casación, 7 de marzo de 1931, *Bep. Foro tí.*, voz *Danni*, na. 9, 10 7 11.

13. Casación, 12 de enero de 1931, *Bep. Foro tí.*, 1931, misma voz, n. 8.

"genérico" haya servido, en lugar de para simplificar los procesos, para dar a los abogados una buena ocasión de realizar, en el umbral de todo juicio de resarcimiento, uno de esos ingeniosos torneos de sutilezas, que sirven admirablemente para llegar a Casación antes de haber comenzado a discutir sobre la sustancia de la causa.

4. — Para encontrar (en cuanto existan) las bases científicas de «esta elaboración jurisprudencial, de la qué ha nacido la condena "genérica" a los daños, es oportuno recordar cuáles eran los límites tradicionales entre el juicio sobre el *an deleatur* y el juicio sobre el *quantum*, antes de que el territorio del primero fuese ampliado por la jurisprudencia también a la investigación del llamado daño genérico.

Sabido es que el hecho específico del cual nace a cargo del responsable la obligación de resarcir un daño resulta del concurso de diferentes elementos constitutivos, los cuales, si en la dinámica del derecho no pueden, lo mismo que ocurre con los órganos de un cuerpo vivo, ser separados, han sido de antiguo sometidos a cuidadosa disección sobre la mesa anatómica de la doctrina, especialmente civilística, la cual, con gran sutileza de análisis, ya que no con igual concordancia de conclusiones (y, sobre todo, de terminología), ha aislado el hecho dañoso de la lesión de interés (*daño*) que el mismo produce, y en el hecho ha considerado separadamente la ilegitimidad objetiva de la acción (*»-*iuria*) de la voluntad del sujeto agente (*culpa*), y ha estudiado bajo el aspecto objetivo y bajo el aspecto subjetivo el nexo de causalidad entre lo ilícito y el daño, llegando a veces a distinciones tan capilares que han provocado recientemente la reacción de autorizados estudiosos¹⁴.

Este paciente trabajo de la doctrina civilística, encaminado a aislar con finalidad de estudio los varios hechos constitutivos, inseparables en la realidad, del derecho al resarcimiento, ha tenido su repercusión en la práctica procesal, en la que se ha considerado oportuno (por las razones ya indicadas al principio de este trabajo) considerar los elementos constitutivos del hecho específico único como escindidos en dos grupos y dedicar a la declaración judicial de certeza de cada grupo un proceso especial. De este modo, aun siendo única la relación jurídica a declarar y único el derecho a hacer valer, la declaración de certeza de sus hechos constitutivos se hacía en dos etapas, cada una de ellas destinada a conocer de una porción *diversa* del mismo hecho

14. Véase, en relación a todos ellos, CAMÍZICITI, II *dan*o e it reato*, pág. 80.

específico. De la relación de los dos fallos, casi podría decirse del perfecto ayuntamiento de los mismos sobre la línea de fractura, la relación completa resultaba aclarada, y a los fines de la segunda etapa era posible decidir si subsistía el pretendido derecho al resarcimiento y en qué medida.

El criterio de distribución en las dos fases procesales de los elementos constitutivos cuya certeza se ha de declarar, pudo variar según los casos. A veces, especialmente cuando, proponiéndose una acción de daños contra la administración pública, la competencia sobre la culpa podía corresponder a una jurisdicción diversa de la competente para decidir sobre la ilegitimidad¹⁵, la primera fase del juicio de daños se limitó a la declaración de certeza de este solo extremo objetivo (*iniuria*), remitiéndose a la segunda no sólo la cognición en cuanto al daño, sino también la cognición en cuanto a la culpa¹⁶; pero con más frecuencia se comprendió en la primera fase, en la fase sobre el *an deleatur*, también la declaración de certeza de los elementos subjetivos atinentes a la imputabilidad y a la culpa, reservándose a la segunda fase solamente el establecimiento de la certeza del daño. En este sentido, **CARNIXUTI** define el contenido de las dos fases del juicio de daños: "la primera destinada a la declaración de certeza genérica de la responsabilidad (*an deleatur*); la segunda a la liquidación de la indemnización (*quantum deleatur*)"¹⁷; y el mismo criterio de distribución parece que se pueda derivar del art. 27 del vigente Código de proced. pen., en los casos en que el juez penal remite al civil la sola liquidación de los daños, de conformidad con el art. 489.

Pero, aun cuando pudiese variar el criterio de distribución, dos puntos parecían en todo caso bien firmes: primero, que las dos fases del juicio de daños debieran tener cada una un campo de cognición netamente distinto, para evitar duplicaciones y superposiciones de investigación (que habrían quitado toda utilidad a esta división procesal) sobre el mismo elemento constitutivo; segundo, que la investigación sobre el elemento daño debiera reservarse *por entero* a la segunda fase.

15. OAMMEO, *Comm.*, p&g. 884, nota 1; véase también, sobre el mismo tema, MOKTARA, *Comm.*, I, n. 210.

16. CUKHIO, obra citada, p&g. 884, texto: "...en fe primera m declara la certeza de la ilegitimidad, no se examina la responsabilidad, esto es, la obligación de soportar las consecuencias del hecho, y en la fase sucesiva el daño es elemento constitutivo de tal obligación y dei correspondiente derecho hecho valer".

17. *Letioni*, IV, p&g. 19.

El primer punto se deriva de la misma enseñanza de CABELLER, quien, considerando la escisión del juicio de daños en dos procesos como un ejemplo del fenómeno que él llama la **formación progresiva de la decisión**, observa que tal escisión es aconsejada "por la conveniencia de alcanzar la decisión progresivamente, afrontando **uno por uno** los núcleos principales de cuestiones"¹⁸; lo que significa que cada fase, aun decidiendo sobre la misma **litis**, debe tener como objeto de declaración de certeza un propio y distinto "núcleo de **cuestiones**", o sea, para emplear la terminología común, que a cada fase debe corresponder una diversa acción, idónea para producir fallo en los límites de la demanda.

Y en cuanto al segundo punto, el mismo ha parecido hasta hace pocos años tan seguro y obvio, que a nadie se le ha ocurrido hasta que se ha producido la reciente jurisprudencia sobre la condena "genérica" a los daños, ponerse a discutirlo; si la escisión del juicio en fases diversas se deriva de la oportunidad de separar la investigación procesal sobre elementos **diversos** del mismo hecho específico, la doctrina, aun en su pronunciada tendencia al análisis, no ha llegado nunca a pensar que en el hecho específico constitutivo del derecho al resarcimiento entren como elementos distintos la **existencia** del daño y la **cantidad** del daño, y que sea, no digamos útil, sino absolutamente posible, separar la investigación sobre el daño en dos problemas distintos, que hayan de confiarse a jueces diversos.

5. — A esta subdistinción de la investigación sobre el daño en dos cuestiones diversas ha llegado precisamente, en este último decenio, la Corte Suprema; la cual, en la jurisprudencia precedentemente recordada, ha introducido este principio: que en el juicio sobre el **an debeatur** no basta declarar la certeza de la ilegitimidad objetiva del acto y la responsabilidad subjetiva del agente, sino que es necesario, además, indagar **sobre la existencia del daño**, reservándose para la fase sucesiva de liquidación solamente el establecimiento de certeza de la **medida (quantum)** del daño **ya precedentemente reconocido existente**. La declaración de certeza del único elemento daño queda así fraccionada en dos distintas cuestiones: una confiada a un juez (el del **an debeatur**) que debe decidir **si existe un daño**; la otra, confiada a un juez diverso (el de la liquidación) que debe decidir **cuál es el importe del daño**. La contraposición entre daño "genérico" y daño "específi-

18. Obra j loe. eit*daa.

co", introducida así en la terminología práctica, tiene, pues, en el pensamiento de la Suprema Corte, este significado: **genérico** es el daño ya reconocido existente, pero todavía no determinado en su cantidad; **específico** es el daño declarado cierto también en sus límites cuantitativos.

Sobre la separación de estas dos cuestiones (**existencia** del daño; **cantidad** del daño) la Corte de Casación ha construido trabajosamente el instituto de la condena "genérica" a los daños, los caracteres procesales de la cual, a menudo sorprendentes, como trataré de poner de manifiesto dentro de poco, no se pueden comprender sino poniendo como premisa la **separabilidad lógica de las dos cuestiones**.

Pero el punto que, ante todo, debe aclararse, es precisamente éste: cuando se habla separadamente de **existencia** y de **cantidad** ⁴se trata precisamente de dos cuestiones lógicamente separables! ¡O se trata en realidad de una cuestión sola, presentada bajo dos formas diversas! La posibilidad jurídica de dedicar dos diversas fases procesa-

leB, o en absoluto dos procesos diversos, a la cognición de dos diversas

cuestiones afines a la misma relación controvertida, presupone que

tal fraccionamiento de investigación no choque contra las leyes fundamentales de la lógica; no sería, por ejemplo, más lícito en el proceso que en el razonamiento común, dividir en dos extremos distintos la misma cuestión porque ella hubiese sido presentada sucesivamente en dos formas gramaticales diversas; como si después de haber examinado "si el daño **existe**" se quisiera, con diferenciación, examinar "si el daño **no existe**". Estos dos problemas, aunque gramaticalmente diferentes, ya que el primero está planteado en forma positiva y el segundo en forma negativa, no son en realidad, como es fácil comprender, más que dos diversos aspectos, el anverso y el reverso por decirlo así, de una cuestión única: en la afirmación de la existencia está implícita la negación de la no existencia, y en la solución del primer problema está comprendida inseparablemente la respuesta al segundo.

Al mismo absurdo lógico llegaría quien creyera poder separar en todos los casos el juicio sobre la existencia, del juicio sobre la cantidad, La existencia y la cantidad no son dos atributos independientes, de los cuales, con referencia al mismo sujeto, el uno pueda ser afirmado y el otro negado. Cantidad es medida de existencia; y de la misma manera que al negar la existencia se niega implícitamente la cantidad, así la existencia no puede ser afirmada sino dentro de ciertos lími-

tes, el reconocimiento de los cuales implica un juicio de cantidad. Estas premisas podrían no ser exactas en el campo de la abstracta especulación filosófica; pero para quien, como el juez, está llamado a resolver empíricamente problemas concretos, como es el de la declaración de certeza de los daños a resarcir, puede constituir guía suficiente la modesta lógica de cada día.

Sentado esto, no se niega que también en el proceso puedan darse casos en los que se presente, sin caer en el absurdo lógico, la oportunidad de separar la investigación sobre la existencia, de la investigación sobre la cantidad, todas las veces en que estando la primera investigación dirigida a establecer la certeza de la existencia de una *universitas* o en general de un objeto complejo materialmente perceptible en su conjunto, la segunda investigación se limite al cómputo o a la valoración de las partes que la componen; en estos casos, el juicio afirmativo sobre la existencia del objeto complejo (un rebaño, un bosque, una heredad) implica ya la afirmación de un *quantum* indeterminado, que será determinable, pero no reducible a cero, en sede de liquidación; declarada la existencia de un bosque, la investigación sucesiva sobre el número de árboles que lo componen no podrá conducir a declarar que no existe ni un árbol, porque si no existiese ni uno no habría sido posible, en la fase antecedente, declarar cierta la existencia de un bosque, esto es, de una pluralidad de árboles.

En nuestro caso, el resultado positivo de la investigación sobre la existencia del daño que, según la Corte Suprema, está comprendida en el juicio sobre el *an deleatur*, no excluye (dentro de poco lo veremos mejor) que de la sucesiva investigación cuantitativa en sede de liquidación pueda resultar que el *quantum* es cero; el juez de la primera fase se toma el trabajo de declarar la certeza de la existencia del daño, pero deja en libertad al juez de la liquidación de declarar, con mayor precisión, que el daño existe... en cantidad inexistente. El problema de la *cantidad* del daño, planteado al juez de la segunda fase, representa así, sólo con alguna aparente variación de palabras, el mismo problema de la *existencia* del daño, ya resuelto por el juez de la primera fase. Al negar la cantidad no se niega un atributo accidental de un sujeto que, aun a falta de tal atributo, puede continuar existiendo; sino que se niega en absoluto el sujeto. De querer emplear la terminología de la vieja lógica escolástica, se podría decir que distinguir el juicio sobre la existencia, del juicio sobre la cantidad del daño, significa confundir el accidente con la esencia.

6. — El alcance práctico de tal confusión lo comprende fácilmente quien tenga presentes algunos principios fijados al respecto por la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema.

Más sintomática que ninguna otra se presenta, en esta jurisprudencia, la máxima que niega a la sentencia sobre el *an deleatur* la autoridad de cosa juzgada respecto del punto de la existencia genérica del daño. Tal sentencia puede constituir cosa juzgada en cuanto declare cierta la ilicitud objetiva del acto o la culpa del agente, pero no puede nunca constituir cosa juzgada en cuanto considere que el acto culposo haya causado un daño; sobre este último punto, la decisión definitiva queda en todos los casos reservada al juicio de liquidación, en el cual, no obstante que en el juicio sobre el *an deleatur se* haya considerado obtenida la prueba de la existencia de un daño a liquidar y del nexo de causalidad entre este daño y el hecho del agente, se puede siempre demostrar que el pretendido daño genérico es, en la realidad específica, inexistente¹⁸, o que, aun existiendo, no es efecto del acto culposos¹⁹.

Se da, pues, respecto del punto de la existencia del daño», el fenómeno singular de una sentencia (la sentencia sobre el *an deleatur*), que está llamada a declarar lo que, después de la declaración, queda tan incierto como antes; esto es, de una declaración de certeza que no establece la certeza, de una decisión que deja por decidir lo *decisum*²¹.

Tal singularidad se acentúa a través de las máximas fijadas por la Corte Suprema sobre la naturaleza de la *prueba* del daño "genérico". En armonía con el principio, antes recordado, que reserva al juicio de liquidación la declaración definitiva del daño concreto, la

19. Jurisprudencia constante: de la sentencia de 26 de mayo de 1924, en *Corte di casata*, 1924, pág. 362, hasta las recientes de la 1ª Sección, 24 de enero de 1933, en *Mass. Foro it.*, 1933, 84; de la 2ª Sección, 7 de marzo de 1933, en *Mass. Foro it.*, 1933, col. 188, y de la 3ª Sección, n. 2396, 8 de mayo de 1933 (inédita). Véase MANCA, *Sui limiti di efficacia della sentenza di condanna generica*, etc., en *Foro ligur*, 1929, I, 141; PAOLI, *Il reato, il risarcimento, la ripara-sione*, pág. 171.

20. Véase 14 de abril de 1925, en *Foro it.*, 1925, I, 629.

21. Se ha sostenido en la doctrina francesa (Huc, *Comm. theor. et prat. du code civil*, VII, n. 146, VIII, n. 308, notas 3, 4, 5, citado por VASSALU, *Sentenza condizionale*, págs. 107, nota 1) que una vez que se ha producido la condena genérica a los daños, el juez de la liquidación está obligado, para no violar el fallo, a atribuir una cierta suma a título de daños. VASSALLI, fiel a la enseñanza de nuestra Casación, lo niega; y dice que la cosa juzgada se concentra, en esta fase, en la obligación genérica de los daños: lo que significa que prácticamente muchas veces la cosa juzgada se concentra... en el vacío!

prueba de la existencia del daño genérico que se requiere en el juicio sobre el *an deleátur*, no puede nunca dar la certeza; la misma debe limitarse a ser, como la condena y como el daño, una prueba "genérica", esto es, una prueba destinada a producir en la primera fase del proceso una certeza solamente genérica, equivalente a falta específica de certeza. Respecto de este punto son de admirar los ingeniosos esfuerzos hechos por la jurisprudencia para dar un contenido práctico a esta prueba destinada a no probar: partiendo de la premisa de que para pronunciar condena "genérica" al resarcimiento de los daños no basta reconocer la existencia del daño como meramente *posible* en abstracto^{2a}, y admitiendo, por otra parte, que la *certeza* definitiva sobre el daño no puede nacer más que del juicio de liquidación, la jurisprudencia ha tratado de detenerse sobre un concepto situado a mitad de camino entre la *posibilidad* y la *certeza*; y ha llegado así a enseñar que la prueba de la existencia del daño, no solamente la del nexo de causalidad entre culpa y daño, es, en el juicio sobre el *an deleátur*, una prueba de *verosimilitud*, no una prueba de certeza. Es fácil comprender lo arduo que resulta, cuando se desciende de lo abstracto a lo concreto, trazar exactamente la línea divisoria que separa la posibilidad de la verosimilitud y ésta de la certeza, y dar al juez de mérito criterios precisos, a fin de que, en la primera fase del juicio de daños, no sea demasiado propicio a contentarse con una verosimilitud que se confunda con la mera posibilidad o, viceversa, demasiado riguroso en exigir una verosimilitud tan evidente que llegue a la certeza... Se trata de matices sutilísimos, a veces apenas perceptibles, la apreciación de los cuales se deja a la sensibilidad, que puede ser también impresionabilidad, del juzgador; basta que "el hecho sea tal que la existencia de daños resulte ampliamente acreditada por la *experiencia*^{2t}, o que la *experiencia y el buen sentido* hagan inducir en los casos singulares el normal curso de la existencia de un daño resarcible"⁹⁴. Se trata, en suma, de un cálculo apriorístico de probabilidades basado sobre la experiencia del *quod plerumque accidit*: esto se encuentra exactamente aclarado en una recentísima decisión de la 3ª Sección¹⁵, en la que se enseña que "... puesto que el proceso lógico a través del cual el

22. Véase Casación, 12 de mayo de 1931, en *Bep. Foro it.*, 1931, ros *Dannt*, número 8.

23. Casación, 24 de febrero de 1926, *Bep. Foro it.*, 1926, vos *Danni*, n. 10.

24. Casación, 26 de julio de 1927, en *Foro* »«, 1928, I, 191.

25. Casación, 8 de mayo de 1933, en causa *SocietA Manifattura Leguano contra Calsificio Baratti*, n. 2396 (inérita).

juez llega a la convicción de la existencia en general de nn daño puede estar informado en criterios de mera probabilidad o verosimilitud, cabe que se utilicen también elementos indirectos o presuntivos, y qué sea legítima la referencia a todo lo que normalmente ocurre, a cuanto sugiere la experiencia".

7. — Estos principios fijados por la Corte Suprema nos permiten aproximarnos al concepto de condena "genérica" a los daños, más de lo que había sido posible hasta ahora.

El contenido del juicio sobre el *an deleatur*, según la enseñanza de la jurisprudencia hoy corriente, no debe limitarse a la declaración de certeza del acto ilícito y de la culpa, sino que debe llegar a indagar la existencia genérica del daño; pero mientras en cuanto a los dos primeros puntos el juez debe indagar a fondo, para llegar, a base de pruebas idóneas para producir una convicción plena, a una decisión definitiva destinada a constituir cosa juzgada, en cuanto al tercer punto el juez se debe limitar a una investigación superficial que le consienta emitir una apreciación de probabilidad aproximativa, no destinada a alcanzar la categoría de cosa juzgada. En el juicio sobre el *an deleatur* no todos los elementos sobre los cuales se realiza la investigación del juez pueden, pues, ser objeto de cognición igualmente profunda: la energía y la penetración de investigación que es obligada para llegar a la declaración de certeza de los otros elementos objetivos y subjetivos del acto ilícito, debe atenuarse en cuanto al elemento daño, (respecto del cual la investigación penetrante se reserva para el juicio de liquidación.

Todo esto demuestra que, en relación a la declaración de certeza del daño, no existe ya entre las dos fases del juicio la clara distinción de cuestiones a decidir que, como ya se ha visto (anteriormente, n. 4), parecía a la doctrina presupuesto necesario de la escisión de la causa de resarcimiento en dos procesos. Aquí, en relación a la declaración de certeza del daño, ***la misma cuestión es presentada dos veces a la investigación separada y sucesiva de dos jueces diversos***: la investigación sobre el daño genérico, pedida al juez del *an deleatur*, y la investigación sobre el daño específico, pedida al juez de liquidación, no tienen como objeto dos cuestiones diversas, sino que contemplan ***una sola cuestión***, examinada con fines diversos y con diversa intensidad de conocimiento, en dos distintos procesos.

Esta duplicación de investigación sobre la misma cuestión, sometida en fases sucesivas a dos jueces diversos, de los cuales el uno tiene

la función de mirar las cosas ampliamente y el otro de contemplarlas en sus detalles, es un fenómeno bien distinto del, ya estudiado por la doctrina, de la pluralidad de decisiones sobre elementos diversos de la misma relación controvertida. En este segundo caso, cada proceso, tiene su *thema decidendum* separado, en relación al cual el juez goza de plenitud de cognición, y poder de emitir, sobre la fracción de relación sometida a él, una decisión que, sobre aquel punto, constituirá fallo irrevocable envíos procesos sucesivos. En nuestro caso, por el contrario, dos jueces son llamados a examinar el mismo *thema decidendum* con diverso grado de vista. Los dos tienen ante sí en el palenque judicial el mismo problema de la existencia del daño; pero mientras el segundo debe aguzar la mirada para poder descubrir los detalles, el primero debe contentarse con tener una visión de conjunto, como es la del miope; y resignarse, como en la batalla de Campaldino el obispo de Arezzo "que era corto de vista", a ver sólidas murallas allí donde el juez de la liquidación le explicará que solamente blanquean "los paveses de los enemigos" ...

Curiosa posición, en verdad, la del juez llamado a decidir sobre la existencia "genérica" del daño: se toma el trabajo de convencerse de que el daño existe, pero sabe que este esfuerzo puede convertirse en inútil por la diversa convicción, destinada a prevalecer, del juez de liquidación; está llamado a establecer el nexo de causalidad entre dos términos, el acto ilícito y el daño, pero sabe que el segundo es para él, en esta fase, un término puramente supuesto, que en la fase sucesiva podrá disiparse y hacer caer en el vacío todos sus silogismos... Entre el juez del *an deleatur* y el juez de la liquidación no hay, por lo que se refiere a la declaración de certeza del daño, una división de trabajo, que es la primera condición de una colaboración provechosa; ambos están llamados a realizar el mismo trabajo, y el segundo debe siempre rehacer, y con frecuencia también deshacer, lo que ha hecho el primero. La prueba genérica del daño, proporcionada por el actor en la primera fase, no tiene el efecto práctico de invertir en el juicio de liquidación la carga de la prueba, haciendo recaer sobre el demandado la carga de probar la falta del daño específico; también en el juicio sobre el *quantum*, el *onus probandi* incumbe al perjudicado; y corresponde al mismo, después de haber proporcionado la prueba de verosimilitud del daño, comenzar desde el principio para proporcionar la de verdad. Así el juez del *an debeatur* no puede ni siquiera tranquilizarse pensando que no existe contradicción entre la sentencia que en el juicio sobre el *an debeatur* afirma la existencia genérica del daño y la sen-

teneia que en el juicio de liquidación niega **BU** existencia específica^M, como si lo genérico y lo específico fueran dos campos separados, en los que cada juez pudiera moverse por su cuenta sin tropezar con el otro; en realidad el juicio sobre la existencia genérica del daño y el juicio sobre la inexistencia específica son tan conciliables entre sí como lo sería la opinión de quien estimase que Ticio está genéricamente vivo con la de quien considerase que Ticio está específicamente muerto.

8.—Y entonces, si tales son las singulares características de esta sentencia para la cual el principio *tantum judicatum quantum disputatum* se ha escrito en vano (se disputa, en esta fase, también sobre la existencia del daño, pero el fallo no se forma sobre este punto), se presenta el problema interesantísimo de la clasificación de esta llamada condena "genérica" a los daños, entre los varios tipos de sentencias conocidos por la doctrina.

Y, en primer término: ¿esta sentencia es verdaderamente, como su nombre quería hacer creer, una **condena**! Para responder afirmativamente a esta cuestión, no me parece que pueda bastar la sola consideración de la calificación empleada por la jurisprudencia y, en un solo caso, por la ley (art. 677, n. 9 del Cód. de com.); la naturaleza jurídica de una sentencia se deriva de sus efectos, no de la calificación que a la misma, inexactamente, haya sido atribuida por el juez, ni de la definición, que el legislador haya dado de ella, inadecuada a la realidad del instituto.

Ahora bien, para quien se fije en la sustancia más que en las palabras, es fácil darse cuenta de que la llamada condena genérica a los daños no tiene, no obstante su denominación ninguno de los caracteres a base de los cuales la doctrina, bajo diversos puntos de vista, distingue las sentencias de condena de las de declaración de mera certeza. Para quien haga consistir la característica típica de la condena en la orden de ejecución, que mediante ella se dirige a los órganos ejecutivos^{aT}, es claro que ninguna orden de esta naturaleza puede contenerse en la llamada condena "genérica" a los daños, porque no es susceptible de ejecución forzada una sentencia que deja incierto no sólo el contenido cuantitativo, sino también la existencia misma (como ya se ha visto) de la obligación de resarcimiento. Ni la misma puede ser considerada

26. Véase Casación, 19 de febrero de 1930, en *Bep Foro it.* 1930, TOS *Danni*, n. 29.

27. Véase, en cuanto & las varias definiciones de la condena, mi trabajo *La eondanna*, en los *Studi » onore di Cammrn* vol I págs 193 y sigs.

verdadera condena por quien atribuye a este tipo de sentencia la función de declarar la certeza del acto ilícito: porque si el daño es, en la concepción de quien profesa «una enseñanza²³ un componente inseparable del acto ilícito, no se puede decir que éste sea declarado cierto, y que, por consiguiente, exista verdadera condena, mientras no haya sido reconocida la existencia de un daño derivado en concreto de la *iniuria*. Y, finalmente, no se puede llegar a un resultado diverso cuando la función específica de la condena se aprecia en la transformación de la obligación en sujeción²⁹: en verdad, desde el momento en que la llamada condena genérica a los daños no declara la certeza de la existencia de una obligación, no puede dar lugar a una sujeción procesal, que podría nacer solamente de la violación de aquélla.

Siendo así ¿en qué consiste esta llamada condena, a la que faltan todos los efectos que sirven para definir este tipo de sentencias! La condena genérica a los daños no es en sí misma título ejecutivo, porque el débito, que la misma ha considerado verosímil, carece no solamente del carácter de líquido, sino además, precisamente porque sólo es verosímil, de *certeza* (art. 568 del Cód. de proc. civ.); y la misma no podrá, como las condenas en futuro, llegar a ser título ejecutivo en el porvenir, sin que haya sido pronunciada una nueva sentencia (la de liquidación del daño), sólo la cual podrá tener en concreto los efectos de una verdadera condena.

Para atribuir a esta sentencia, pronunciada en el juicio sobre el *an deleatur*, el carácter de una verdadera condena, tampoco puede bastar la aplicación de aquel criterio distintivo, correcto en sí, que se basa sobre la diversa finalidad inmediata contemplada por las acciones de declaración de mera certeza y las acciones de condena. Finalidad inmediata de las sentencias de condena, se dice, es la de preparar la ejecución; ahora bien, la condena genérica a los daños tendría también, en la intención del actor, esta función preparatoria de la ejecución y, por consiguiente, no podría considerarse nunca como una sentencia de declaración de mera certeza, a la que tal función es totalmente extraña^M. Pero también aquí es preciso descender al terreno práctico: ¿es realmente cierto que quien pide la condena genérica a los daños, con reserva, de liquidación en sede separada, tiene como finalidad inmediata la

28, CAKNZLBTTI, *II reato e il danno*, n. 5 .

29. Véase *La condanna*, cit. na 4-5.

30 OHIOVXKDA, *Principii*, § 7. III

31 VASBALLI, *Sentenza condizionale*. p&g. 108 y escrito citado en Corte di castas.. 1624. col. 426.

ejecución t Si verdaderamente **se** hubiese propuesto tal finalidad inmediata, se habría abstenido de escindir el juicio de daños en dos fases, y habría tratado de obtener inmediatamente, en un juicio único, un título susceptible de ejecución forzada; el hecho de que haya preferido, por el contrario, limitar inicialmente su demanda al solo punto del **an deleatur**, retardando con ello la formación de un título ejecutivo completo, demuestra que la verdadera finalidad que se ha propuesto en esta primera fase procesal (que puede quedar como única) no ha sido la de preparar la ejecución, sino que ha sido la de **procurarse inmediatamente alguna otra ventaja**, cuya adquisición inmediata compense y supere la desventaja derivada de diferir la concreta liquidación que únicamente podrá en adelante abrir el paso a la ejecución forzada. Cuáles son las ventajas que el perjudicado trata así de procurarse, las hemos ya indicado en el inicio de este estudio (n. 1): en los casos en que no exista controversia acerca del importe del daño, sino solamente acerca de la responsabilidad jurídica del perjudicado, la sentencia sobre el **an deleatur** resolverá el único punto controvertido entre las partes y tendrá así la función, que es propia de las sentencias de declaración de mera certeza, de producir en cuanto a aquel punto la certeza jurídica; en otros casos, la condena genérica a los daños permitirá al vencedor procurarse una garantía provisional sobre los bienes del vencido, pero también bajo este aspecto la sentencia servirá (como veremos mejor dentro de poco, n. 11) para conseguir fines cautelares, no fines inmediatamente ejecutivos. Si, a diferencia de las condenas en futuro que se convierten en título ejecutivo en el momento del transcurso del plazo, la sentencia de declaración de mera certeza da vida a una **actio iudicati** que no puede dirigirse inmediatamente a la ejecución forzada, sino sólo a la emanación de una nueva sentencia (de condena) la llamada condena genérica a los daños tiene cabida en esta segunda categoría de sentencias, precisamente porque quien la ha obtenido no puede traducirla en ejecución forzada sino a través de una nueva sentencia (de liquidación), frente a la cual la precedente condena genérica no tiene más que la eficacia de una declaración de mera certeza prejudicial de aquellos únicos puntos (**entre los que no figura la existencia del daño**), acerca de los cuales constituye cosa juzgada.

Me inclino, pues, a considerar que la llamada condena genérica a los daños se debe clasificar, no obstante la inexacta calificación con

que corrientemente es designada, entre las sentencias de declaración de mera certeza; en esta opinión me siento fortalecido no sólo por la doctrina alemana unánime", sino también por la autoridad de un agudísimo escritor nuestro, como CAMMEO*⁴, que justifica la distinción del juicio de resarcimiento en dos fases por la admisibilidad de "acciones *declarativas* autónomas, las cuales pueden servir después, entre otras cosas, como *prejudiciales a acciones de condena*".-

Las relaciones entre la sentencia sobre el *an deleátur* y la sentencia sobre el *quantum* son, pues, exactamente, las siguientes: la sentencia sobre el *an deleátur*, que tiene por objeto solamente una fracción del hecho específico constitutivo del derecho al resarcimiento, no es más que una sentencia de declaración de mera certeza sobre puntos que pueden tener carácter prejudicial frente a la sentencia sobre el *quantum*; la cual por sí sola, integrando tal declaración prejudicial de certeza con la cognición relativa al elemento constitutivo todavía enteramente incierto (daño), tiene los efectos de una verdadera sentencia de condena. A la sentencia de declaración de mera certeza sobre el *an deleátur* se acompaña, pues, como función accesorio, una investigación superficial de verosimilitud sobre aquel mismo elemento (daño), cuya cognición a fondo queda enteramente reservada al juicio de liquidación. És, sobre todo, esta función accesorio, con finalidad genuinamente cautelar, la que ha inducido a la doctrina y a la jurisprudencia (como se dirá más adelante, n. 11) a calificar como condena una sentencia, a la cual le faltan en realidad todos los efectos correspondientes a tal calificación.

9. — Pero aun cuando, por razón de coherencia con la calificación ordinaria, se quisiera considerar a la sentencia sobre el *an deleátur* como una verdadera sentencia de condena, sería difícil incluir entre los varios tipos de sentencia de condena estudiados por la doctrina, esta sentencia "genérica", la cual, bajo apariencia de reservar al juicio sobre el *quantum* la sola liquidación del daño, reserva en realidad, como se ha puesto de manifiesto, el juicio sobre la existencia del derecho al resarcimiento.

83. Véanse los citados por VASBALIJ, *Sententia condicionalis*, pág. 108, nota 1, entre los cuales es especialmente explícito LANGHEINIKZN, *Ver Urteilsantruerh* (Leipzig, 1869), pág. 147, n. 3, con resella de toda la doctrina anterior; véase también, entre los autores más recientes, HXLLWIO, *Syrtem*, I, § 107, II, 2, b (pág. 282).

34. *Comm.*, I, pág. 884.

Excluido el que m pueda hablar aquí, no obstante el carácter aparentemente adecuado de la expresión, de condena *con reserva* (esto es, con reserva *de excepciones*, que es un fenómeno procesal bien diverso del que estudiamos) **, no se podría tampoco hacer entrar *sic et rimpUdter* esta condena genérica entre las condenas *» futuro*, porque falta a la misma la característica aptitud de estas sentencias para convertirse en títulos ejecutivos en el momento en que ha transcurrido el plazo ^M.

VASSALLI, en su cincelada monografía a la que me he referido varias veces en este estudio, ha tratado de encuadrar la condena genérica a los daños en la figura comprensiva de la sentencia *condicional*, y precisamente en el grupo de sentencias cuyo carácter condicional deriva de "condiciones del derecho objeto de la tutela acordada en la sentencia"⁸⁷ y en el subgrupo de sentencias "en las cuales la condición no afecta a la relación de derecho material declarada cierta, sino que es solamente relativa a la realización del derecho mediante sentencia de condena"⁸⁸. En los casos recogidos en este subgrupo, la sentencia, según VASSALLI, contendría la declaración de certeza de una relación jurídica pura, y la condición respondería & exigencias todas procesales, limitadas a la *condena*: "La condición... no se comunica por la declaración a la condena, sino que es propia y exclusivamente condición de la condena"⁸⁹; así ocurriría precisamente en cuanto a la condena genérica a los daños *salvo liquidación*, en la que "la declaración de certeza realizada por la sentencia también en este caso es pura, y es la sentencia la que está sujeta a condición; precisamente a la condición de que siga después la liquidación, sin la cual la ejecución forzada no es posible"

Ahora bien, sin descender a valoraciones críticas del concepto de sentencia condicional, tan vasto y comprensivo, de que parte VASSALLI, y de las clasificaciones mediante las cuales agrupa bajo este concepto los más heterogéneos tipos de sentencia⁴¹, parece que, partiendo de

85. Véase CHIOVUNBA, *Principa*; VASSALLI, *Sentenza condizionale*, n. 27.

36. CHIOVUNDA, *Principa*, § 6, n. 111; § 7, a. 3.

37. *Sentenza condizionale*, págs. 96 y sigs.

38. Obra eit., págs. 103 y sigs.

39. Id. id.

40. Id. id., pág. 107.

41. Véase, para una crítica a fondo del libro de VASSALLI, el estudio de CAKNELUTTI sobre la *Sentenza condizionale*, en *Studi di dir. proc.* 1, págs. 395 7 sigs.

sus mismas premisas, la figura de sentencia condicional no se adapte, por lo que respecta a la sustancia más que a las palabras, a la condena genérica a los daños acerca de la cual se discurre aquí. En el subgrupo de sentencias condicionales al que pertenecería también la sentencia genérica a los daños, se tendría como carácter constante, según resulta de los pasajes antes mencionados, una declaración de certeza ya completa y definitiva de una relación jurídica pura, mientras la condena, a la que tal declaración serviría de premisa, estaría suspensivamente condicionada a la verificación de un acontecimiento futuro e incierto (que en nuestro caso sería la liquidación del daño). Este carácter condicional de la sentencia se encuentra evidentemente en alguno de los casos agrupados aquí por YASSALLI: por ejemplo, en los casos⁴³ de condena pronunciada bajo la condición de la prestación de una caución impuesta por la autoridad judicial, está bien clara la contraposición entre la declaración de certeza definitiva y completa, ya contenida en la sentencia, de todos los hechos constitutivos del derecho, y el hecho sucesivo, **situado fuera del hecho específico constitutivo del derecho** (prestación de la caución), que funciona como condicionante de la condena. Pero en el caso de la condena genérica a los daños, el hecho de la liquidación, que debería funcionar como condición de la condena, es, en realidad, **un elemento constitutivo de la condena, y hasta, considerándolo bien, es la condena misma**: si en el juicio de liquidación se pone a discusión, al mismo tiempo que la cantidad, también la existencia del daño (que son una misma cosa), y, por consiguiente, la existencia del derecho al resarcimiento, la sentencia de liquidación no aparece como un evento situado fuera del hecho específico constitutivo del derecho, cuya pendencia no haga otra cosa que suspender los efectos jurídicos, enteramente contenidos en potencia en una declaración de certeza ya completa. En realidad, puesto que la liquidación es, ante todo, la declaración de certeza de uno de los elementos (daño) que componen el hecho específico constitutivo del derecho al resarcimiento, la sentencia sobre el **quantum** tiene la eficacia de declarar si tal hecho específico existe, y no ya la (que es propia de la verificación de una condición suspensiva) de dejar que entren libremente en vigor efectos jurídicos referibles a un hecho específico ya enteramente, pero suspensivamente, declarado cierto.

En suma, la condena genérica a los daños, si se quiere considerar como una verdadera condena, aparece, más bien que como una sentencia

42 Obra citada, pág. 107, n. 41. 2, o).

condicionada, como una de aquellas sentencias, que los doctores de la época intermedia llamaban *inciertas*, y por las cuales el juez figuraba que decidía la controversia mediante una parte dispositiva que planteaba de nuevo la misma controversia en forma dubitativa y la dejaba sustancialmente sin resolver: "condeno a Ticio a pagar aquello de que resulte ser deudor"; " .. *ábsolvo ábsolvendos vel condemno condemnandos*"; y así sucesivamente⁴⁸.

La condena genérica a los daños aparece, pues, como una sentencia *pura* sólo si se considera como una mera declaración de certeza concerniente a los puntos prejudiciales de la ilicitud y de la culpa, en relación a los cuales el pronunciamiento es incondicionado y definitivo; si, por el contrario, se quiere considerar que, también en la fase sobre el *an debeatur*, el objeto del pronunciamiento sea la entera relación jurídica, esto es, la existencia del derecho al resarcimiento, entonces esta sentencia se podrá, considerar condicionada sólo en cuanto el concepto de condicionalidad se pueda extender a una parte dispositiva, de esta forma: "declaro la certeza del derecho al resarcimiento a condición de que el juez de la liquidación declare la certeza de la existencia de tal derecho"; o sea: "condeno a condición de que otro condene"... Pero la sentencia que *pone como condicionante la existencia del propio condicionado* jse puede llamar, con propiedad terminológica, sentencia condicional^T

10. — La llamada condena genérica a los daños, en la porción en que es idónea para constituir un fallo, adquiere la categoría de cosa juzgada como sentencia de declaración de mera certeza (de los puntos prejudiciales): en la porción en que a esta declaración de certeza se acompaña una apariencia puramente verbal de condena, la aptitud para alcanzar la categoría de cosa juzgada desaparece, porque el pronunciamiento de esta "condena" puramente platónica no limita en modo alguno, en cuanto a este punto, los poderes del juez de la liquidación, que queda en plena libertad de juzgar si la condena debe o no debe pronunciarse.

Por otra parte, es preciso reconocer que, en esta llamada condena "genérica" a los daños, el aspecto más singular y el más merecedor de estudio, aquel en que se concentra la singularidad del fenómeno procesal, es esta especie de examen superficial de la existencia del daño, que se acompaña a la verdadera y propia declaración de certeza de

43. Véanse mis *Studi*, I, p&g. 118.

los pantos prejudiciales, y que permite al juez, a través de una superficial investigación de verosimilitud sobre la existencia del daño, acompañar la sentencia de declaración de mera certeza, esto es, la parte **sólida** de su sentencia, con un simulacro evanescente de condena, apoyada más en la imaginación que en la realidad.

A esta contraposición entre la condena **hipotética** pronunciada por el juez del **an deleátur** y la condena **categorica** pronunciada por el juez de liquidación, corresponde, como ya se ha visto, una contraposición paralela en la actividad probatoria que los dos jueces deben desarrollar sobre la misma cuestión de la existencia del daño: investigación de **verosimilitud** el primero, investigación de **verdad** el segundo.

No sería exacto considerar este examen superficial de la existencia del daño, que se lleva a cabo en la fase del **an deleátur**, como únicamente dirigido a demostrar en el actor el extremo del interés en obrar; si el actor se limitase a pedir un pronunciamiento de declaración de mera certeza sobre los puntos prejudiciales de la **iniuria** y de la culpa, cualquier investigación sobre la existencia, genérica o específica, del daño sería extraña a este juicio y la justificación del interés no podría buscarse en otra cosa que en la ventaja de la certeza jurídica sobre aquellos puntos prejudiciales. La investigación sobre la verosimilitud del daño está en relación directa con la condena genérica, no con la declaración de certeza que la misma presupone: algo bien diverso de un simple control preliminar sobre el interés en obrar.

Por estas consideraciones, no creo que la condena genérica a los daños» tenga una sustancial unidad sistemática con aquellos casos, frecuentes en el proceso actual (y más en el de otros tiempos) en los que, previamente a entrar en el examen a fondo del mérito, es necesario superar ante el mismo juez, o ante un juez diverso, una fase preliminar destinada a apreciar la verosimilitud de los hechos sobre los cuales se basa la demanda, y la presumible seriedad de la misma. Un ejemplo típico de esta "eliminatória" procesal se tiene en el art. 1532 del Cód. Civ., el cual impone la obligación al juez, antes de admitir la prueba de la lesión, de indagar preliminarmente si "los hechos denunciados son lo suficientemente verosímiles y graves para hacer presumir la lesión"; en más vasta escala funciona a este mismo fin, en el proceso penal, el instituto general de la instructoria, que está preordenado precisamente a seleccionar, mediante una investigación no definitiva sobre los hechos del delito, el fundamento de las acusaciones, y a dejar que pasen a la fase del debate solamente aquellas que se presenten, **prima facie**, como presumiblemente destinadas a ser acogidas por el juez competente.

Pero tm fenómeno análogo de duplicación de investigaciones probatorias, conducidas, con diverso grado de intensidad, sobre los mismos hechos, se presenta también en otro orden de casos, en aquellos en que para emitir una providencia provisorio urgente el juez se debe contentar con una investigación sumaria sobre los hechos, que después serán examinados a fondo, con efecto definitivo, por el juez del mérito. Piénsese en la "simple notoriedad del hecho" con que debe contentarse el juez del procedimiento posesorio para ordenar la reintegración (art. 696 del Cód. Civ.); en la "sumaria cognición del hecho", a base de la cual el juez de la denuncia de obra nueva puede ordenar las oportunas cautelas (art. 698 del Cód. Civ.); en las "sumarias informaciones" que pueden bastar para la concesión del secuestro conservativo (art. 925 del Cód. de Proc. Civ.); etc., etc. En todos estos casos, para la concesión de la providencia cautelar basta, en una primera fase, un juicio de verosimilitud; el juicio de verdad, que puede llevar también a conclusiones opuestas y, por consiguiente, a la revocación de la providencia, viene después, en una fase sucesiva.

A este segundo grupo de casos debe, en mi concepto, aproximarse, en la parte en que reconoce la verosimilitud del daño, nuestra condena "genérica"; respecto de la cual es preciso llegar, si se quiere sacar la consecuencia lógica de las premisas expuestas hasta ahora, a la sorprendente conclusión de que *la misma no es otra cosa, en sustancia, que una providencia cautelar disfrazada*.

11. — Es claro que si en el juicio sobre el *an deleatur* la única finalidad del actor fuese la de obtener la certeza jurídica sobre la responsabilidad (*iniuria* o culpa) con reserva de toda investigación sobre el daño, su interés quedaría plenamente satisfecho por una sentencia de declaración de mera certeza limitada a estos puntos prejudiciales. En cambio, si el actor pide alguna otra cosa, esto es, además de la declaración de certeza sobre estos puntos, también la condena "genérica", quiere decir que la condena le procura alguna ventaja ulterior, que una sentencia de declaración de mera certeza no le daría, ¿en qué consiste este *plus*? La respuesta se encuentra en la ya citada decisión inédita de 8 de mayo de 1933 de la Suprema Corte (3^a Sección), en la que, indagándose cuál pudiera ser el interés que movía al recurrente a utilizar el medio de gravamen contra una sentencia de condena genérica a los daños, la cual "puede ser vaciada de todo contenido, cuando al proseguir el juicio se demuestre que no hay que resarcir ningún daño", se observa que "la condena, aunque sea ge-

nérica, a los daños constituye de por sí un prejuicio de la parte condenada, aun cuando la regulación sobre las costas haya sido reservada al pronunciamiento definitivo, porque no hay duda de que **la misma autoriza a la parte, a cuyo favor ha sido pronunciada, a provocar medidas particulares de garantía**, para tutela del crédito que habrá de resultar del juicio de liquidación".

Estas "medidas de garantía" consisten, ante todo, en la hipoteca judicial, para inscribir la cual, se enseña que basta, de conformidad con los arts. 1970 y 1992 del Cód. Civ., el pronunciamiento de la condena "genérica" a los daños⁴⁴, sin que se deba esperar a su concreta liquidación. No puedo ocultar que tal solución me deja perplejo; porque la hipótesis prevista por el art. 1970 de una sentencia "conteniendo condena... al cumplimiento de otra obligación que pueda resolverse en el resarcimiento de los daños", parece que presuponga en todo caso la declaración **completa** de certeza del derecho originario del acreedor y de la existencia de un daño concreto, consistente en la omisión de una **determinada prestación específica**, de la que no queda más que determinar, en sede de liquidación, el equivalente pecuniario⁴⁵: todos los elementos que, como ya sabemos, pueden faltar en la condena "genérica" a los daños, la cual deja por decidir el punto de la existencia del daño, y, por consiguiente, también el de la existencia del derecho al resarcimiento. Esta particularidad no ha escapado a la agudeza de VASSALLI, quien, después de haber enseñado que también las sentencias de condena con reserva de liquidación producen hipoteca judicial, añade, sin embargo, que "ulteriores distinciones tienen lugar en aquellas sentencias que condenan a prestaciones a liquidarse separadamente, **según que sea cierto o no que la liquidación se dirigirá al pago de una suma**; así la hipoteca nacerá **siempre de la sentencia de condena a los daños** . . .". Según VASSALLI, pues, si la condena con reserva de liquidación no proporciona la **certeza** de que la liquidación deba dirigirse al pago de una suma, sin embargo produce el derecho de inscribir hipoteca judicial. Está bien; pero con este criterio la condena "genérica" a los daños debería ser citada precisamente como ejemplo de sentencia de la que no nace hipoteca judicial, porque la misma, a diferencia de otras condenas respecto de las cuales es cierto que la liquidación reservada

44. Véase VASSALLI, obra cit., p&g. 109; no me parece que LIONAKDO COTTOHE (en la nota publicada es *Gittr.* <., 1901, I, págs. 123 y sigs., y en el volumen *Delle ipoteche*, p>. 183-184) sea desde luego favorable a la tesis de VASSALLI, en lo que respecta a las sentencias de condena genérica *salvo liquidación*,

45. Véase OVOIELLO, *Delle ipoteche*, cit., pág. 184.

dará en todos los casos nn resultado positivo (por ejemplo, la condena a las costas del juicio, con reserva de tasación), deja al juez del **quantum** en libertad de determinar que el pretendido daño es cero ⁴⁶.

De todos modos es cierto que el art. 1970 presupone, para que se produzca la hipoteca judicial, una sentencia de **condena**; la sentencia de declaración de mera certeza (cuando no sea la declaración de certeza de un preexistente derecho de hipoteca que la misma no **produce**, sino **declara**: ejemplo, art. 1989 del Cód. Civ.), no puede nunca tener este efecto. Se comprende por esto que, si la sentencia sobre el **cm deleátur** tuviese la forma, correspondiente a su función, de una declaración de mera certeza sobre los puntos prejudiciales de la ilegitimidad y de la culpa, el actor no podría servirse de ella para inscribir hipoteca judicial; **de ahí su interés en hacer aparecer como sentencia de condena la que, si la forma hubiese de corresponder sinceramente a la sustancia, no podría ser más que una sentencia de declaración de mera certeza**; de ahí su esfuerzo por obtener, en esta primera fase del juicio, una parte dispositiva que diga "condeno", en lugar de decir simplemente "declaro"; de ahí los honestos escrúpulos de la jurisprudencia, que, sintiendo por una parte la oportunidad de conceder la garantía hipotecaria aun sobre la sola declaración de certeza de la **iniuria** y de la culpa, pero debiendo, por otra parte, inclinarse a la fórmula de la ley la cual no concede hipoteca judicial sino cuando haya una condena, se ha encontrado en la necesidad de prestarse, a los fines meramente cautelares, a esta especie de inconsciente disfraz de la declaración de certeza en condena, y únicamente ha excogitado, casi por atenuar y por justificar frente a sí misma este expediente, aquella investigación preventiva sobre el daño "genérico", en que se apoya, en la primera, fase del juicio, la igualmente genérica condena.

La explicación de este singularísimo instituto de la condena genérica a los daños está toda en lo siguiente: ha nacido de la tendencia de la práctica a extender, de las verdaderas y propias sentencias de condena a las sentencias de declaración de mera certeza, los efectos cautelares de la hipoteca judicial. Por esto, la condena genérica a los daños no es en sustancia (fuera de la declaración de certeza sobre los puntos prejudiciales) *otra caja que una providencia cautelar*; la misma no tiene los efectos ejecutivos de la condena (que son los verdaderamente ca-

46. Véase VASSALLI, *Sentema condizionale*, pág. 109, y nota 2 de la misma, en la cual me parece que el propio autor no haya conseguido ocultar una cierta dificultad producida por la gravedad de esta consideración

racterísticos), sino sólo los cautelares: condena no para ejecutar la declaración de certeza, sino para asegurar en espera de la certeza.

Pero, a través de esta jurisprudencia, la naturaleza jurídica de la hipoteca judicial se ha ido inadvertidamente alterando: mientras, según la ley, tal hipoteca es un efecto necesario, sustraído a la disposición del juez, de la condena considerada como hecho jurídico en sentido estricto⁴⁷, la jurisprudencia sobre la condena genérica a los daños ha dado al juez del «*deleátur*» el poder de hecho de decidir caso por caso, a través de un cálculo de probabilidades sobre la existencia del daño, si la hipoteca judicial debe o no debe concederse. La investigación de verosimilitud que se lleva a cabo en esta primera fase del juicio sobre la existencia del daño, no tiene otra finalidad práctica que la de establecer, con la superficial sumariedad para las providencias urgentes, si debe concederse al actor la medida cautelar consistente en la hipoteca judicial. En tal modo nuestra práctica se ha orientado como si existiese en nuestro derecho positivo una norma que dijera así: "La sentencia de declaración de mera certeza que declare la responsabilidad por resarcimiento, con reserva de toda investigación sobre el solo punto de la existencia y del importe del daño, puede producir hipoteca sobre los bienes del responsable cuando el juez considere verosímil, y en la medida en que así lo considere que el daño se ha producido efectivamente".

Si esta norma existiese, el juez tendría, en estos casos, un poder de apreciación sobre la oportunidad preventiva de conceder la garantía hipotecaria, de la misma manera que tiene el poder de valorar preventivamente el *fumus loni iuris* para la concesión del secuestro conservativo; pero esta norma no existe en nuestro derecho; y entonces, mirando bien a fondo, uno se da cuenta de que la jurisprudencia ha terminado, poco a poco, por creársela por sí misma, y que en lugar de atribuir abiertamente (lo que querría decir violar abiertamente la ley) el efecto de producir hipoteca judicial a las sentencias de declaración de mera certeza, ha preferido llegar al mismo fin mediante dar a ciertas sentencias de declaración de mera certeza la calificación no apropiada de condena (que en sí representa aquí, para expresarlo con términos de artilleros, un "falso blanco"), del que nace por ley el efecto cautelar querido.

47. Véase COVIELLO L., *Delle ipoteche*, eit., pág. 172; y mis escritos *Apunti tulla sentenza come fallo giuridico*, en esta *Sivista*, 1932, I, pags. 15 y sigs., y *Eetroattività della sentenza e ipoteca*, en *Kiv. dir. comm.*, 1933, I.

La determinación de si esta mis vasta aplicación de la hipoteca judicial, y esta transformación de su naturaleza jurídica, merecen ser traducidas en normas especiales en la próxima reforma de nuestro derecho civil, es cuestión que escapa a mi investigación: a mí me basta haber captado, a través de una fiel exégesis de la jurisprudencia dominante, el verdadero significado de esta condena genérica a los daños, cuya fatigosa elaboración no se ha llevado a cabo en este decenio sin una profunda razón práctica. Una vez más, esta investigación nos ha demostrado que no todo el derecho está en la ley; y que ciertas corrientes jurisprudenciales, que pueden parecer aberrantes en la forma a quien las mire con ojos de teórico puro, responden en la sustancia a imperiosas exigencias sociales, a las cuales muchas veces el mismo legislador terminará por adherirse.

12. — Los problemas específicos a los cuales podrían ser aplicados útilmente los principios antes expuestos no se pueden contar; aquí me limitaré a llamar la atención acerca de algunas aplicaciones que me han venido a la mente en el curso de estas notas, y que bastan para demostrar que la interpretación de la condena genérica, propuesta en las páginas precedentes, puede servir para presentar bajo nuevos aspectos las cuestiones prácticas que van ligadas a ella.

a) Se puede preguntar, ante todo (no tengo noticias de que el caso se haya presentado aún en la práctica), cuáles son los límites objetivos del fallo que, en el juicio sobre el *an deleatur*, después de haber declarado cierta la existencia de la *xniuria* y de la culpa, rechaza la demanda de condena genérica de daños por el solo motivo de que no aparece verosímil la existencia de un daño cualquiera. Si este juicio de verosimilitud hubiera dado un resultado afirmativo, no habría tenido la eficacia, como ya se ha visto, de constituir fallo irrevocable sobre el punto de la existencia del daño: i debería, viceversa, tener tal eficacia sólo porque ha dado resultado negativo. No me parece dudoso, si no se quiere construir en este caso un singularísimo ejemplar de cosa juzgada *secundum eventum litis*, destinada a valer cuando rechaza la demanda y no cuando la acoge, que aun en el caso de ser rechazada no se forma la cosa juzgada sobre el punto de la inexistencia del daño. El juicio "genérico" sobre el daño, que cuando afirma es juicio de verosimilitud, no se convierte en juicio de verdad sólo porque niegue; la lógica no conoce semejantes juicios de doble faz; y si en la jurisprudencia, en materia de prueba testimonial, está bien firme el prin-

cipio de que la aparente inverosimilitud de los hechos no es motivo suficiente para impedir a la parte probar la verdad de los mismos, también en nuestro caso el juicio de inverosimilitud dado por el juez del *an deleatur* sobre el punto de la existencia del daño, no puede impedir al perjudicado (si la *iniuria* y la culpa han sido declaradas ciertas) que proponga de nuevo, a base de esta declaración de certeza de puntos prejudiciales, una demanda de condena específica, con la oferta de dar la prueba (no ya de verosimilitud sino de verdad) del daño concretamente sufrido. La desestimación de la demanda de condena "genérica", basada sobre el único motivo de la inverosimilitud del daño, es desestimación *de la sola demanda cautelar*: se niega la providencia que podría servir para inscribir hipoteca sin la prueba concreta del daño, pero no se excluye el que en un nuevo proceso el actor pueda obtener, dando tal prueba, la verdadera condena que tiende a la ejecución ⁴⁸.

b) Otro problema que acaso puede ser sometido a examen bajo nuevos aspectos es el de los poderes del juez de proceder de oficio a la liquidación del daño (cuando encuentre en la causa los elementos para ello), no obstante que el actor se haya limitado a demandar la condena "genérica".

Tales poderes están expresamente reconocidos por la ley al juez penal, cuando juzga sobre el resarcimiento de los daños a favor de la parte civil que ha hecho la correspondiente demanda (art. 499 del Cód. de Proc. Pen.); aun cuando la parte civil se haya limitado a pedir la condena "genérica" con reserva de liquidación, el juez penal *dele* decidir "además sobre la liquidación de los daños, cuando es posible". Aquí, pues, es la misma ley la que, cuando existen en acto elementos suficientes para proceder a la liquidación, niega todo relieve jurídico al interés que la parte perjudicada pueda tener de hecho en obtener una condena "genérica" separada de la liquidación. El art. 489 del Cód. de Proc. Pen. es evidentemente una derogación al principio según el cual, la parte es libre de pedir al juez la providencia que más convenga a su interés (el interés es la medida de las acciones), y al mismo tiempo una derogación al principio por el cual el juez debe decidir *secundum petita partium*.

48. Por análogas consideraciones tengo alguna duda acerca de la exactitud de la máxima establecida por la Primera Sección de la Casación en decisión de 29 de mayo de 1933, en *Sett. castas.*, 1933, col. 1060, según la cual el juez del *an debeatur*, reconocida la existencia genérica del daño, puede dictar al juez del *quantum* los criterios y los límites de la liquidación.

Pero en el proceso civil, en el que semejante derogación no está escrita en ningún artículo, no me parece que se pueda llegar, como sin embargo ha hecho alguna decisión⁴⁹, a la misma conclusión. Cuando el perjudicado, en lugar de pedir desde el principio la liquidación del daño, se limite a proponer al juez el único problema del *an deleatur* con reserva de liquidación, la providencia que la parte solicita es solamente la condena "genérica" que, como se ha visto, tiene fines (de declaración de certeza y cautelares) suyos propios; si el juez quisiera por su iniciativa proceder en el mismo juicio a la liquidación que no se le ha pedido, no sólo daría a la parte más de lo que le ha reclamado, sino que le daría, además, una providencia diversa de la que ha solicitado. Esto sería ir contra los principios fundamentales del proceso civil de tipo dispositivo, a base de los cuales, si el juez llamado a decidir sobre el solo punto del *an deleatur* no encontrase justificable en concreto la separación del juicio de daños en dos fases, no podría hacer otra cosa que rechazar la demanda de condena genérica por defecto de interés de la parte en pedir una providencia separada de la liquidación.

c) Y, finalmente, me parece que una exacta noción de la condena "genérica" a los daños, puede servir también para aclarar el instituto de la llamada "provisional". De tal instituto, expresamente reconocido por la ley en el proceso penal (art. 489 del Cód. de Proc. Pen.) y en el proceso del trabajo (art. 14 del Real Dec. de 26 de febrero de 1928)⁶⁰ la práctica hace uso general también en el proceso civil ordinario, en el cual se tiende a considerar que el juez del *an deleatur*, al pronunciar la condena "genérica" a los daños, pueda siempre, por el solo hecho de haber considerado verosímil la existencia de un daño, condenar al demandado a pagar *sin más* una cierta suma, a título de *provisional*, esto es, de anticipo sobre aquella mayor que resultará debida en sede de liquidación ("...a imputarse en la liquidación definitiva", dice el art. 489 del Cód. de Proc. Pen.). Ahora bien, es fácil comprender que los elementos que bastan para justificar una condena "genérica" a los daños no siempre pueden bastar para justificar una condena específica al pago inmediato de una provisional: esta última es una verdadera condena, la cual presupone la declaración de certeza del daño, en los límites en que la misma condena al demandado a resarcirlo.

49. Casación, 3ª Sec., 1 de julio de 1931, en *Main. Toro it.*, 1931, col 512; 1ª Sec., 16 diciembre 1932, en *Mqss. Foro it.*, 1932, col. 756.

60. Véase JAEQKK, *Controvertid individual« del lavoro*, 3ª ed., n. 158; GATTI, *La "provisionale" per i danni*, en *Seuola potitiva*, 1928, II, págs. 97 y sigs.

Tal declaración de certeza del daño es, como sabemos, bien diversa del juicio de probabilidad que basta al juez para pronunciar la condena "genérica"; de suerte que, si el juez del *an deleatur* quiere legítimamente conceder al actor la provisional que éste reclama, es necesario que, además de la investigación superficial de verosimilitud sobre el mayor daño que le permite pronunciar en cuanto al mismo una condena "genérica", se persuada, mediante una investigación probatoria a fondo, de que el daño, simplemente verosímil en mayor medida, *resulta ya cierto en aquella medida menor que corresponde a la provisional pedida*. La condena "genérica" a los daños que asigna una provisional tiene, pues, naturaleza triple: es una sentencia de declaración de mera certeza sobre los puntos prejudiciales de la *iniuria* y de la culpa; es una sentencia completa y definitiva de condena sobre el extremo de la provisional en los límites del daño declarado cierto; es una providencia cautelar en cuanto al mayor daño simplemente presunto. La petición de una provisional atribuye así al juicio sobre el *an deleatur* una parcial función de liquidación en los límites de la suma pedida, que ordinariamente aquél no tiene; aquí verdaderamente el juicio sobre la existencia concreta del daño se escinde en dos fases, igualmente penetrantes en cuanto a intensidad probatoria: la primera, anexa al juicio sobre el *an deleatur*, concerniente a la existencia concreta del daño específico en los límites de la provisional pedida; la segunda, reservada al juicio sobre el *quantum*, concerniente a la existencia concreta del daño específico por encima de tal medida.

Lo que prueba una vez más que el daño no puede ser declarado cierto sino en forma de daño específico; y que la expresión "daño genérico" no es más que una manera de decir. Confío haber contribuido con este escrito a aclarar cuál es la realidad que a© esconde detrás de este modo de decir, respecto del cual, si se quisiera tomar al pie de la letra, no se podría hacer otra cosa que parafrasear lo que ya la *Olossa* decía de lo notorio: *quotidie de damno generico loquimur, quid autem sit ignoramus*.

APENDICE SEGUNDO

LA SENTENCIA DECLARATIVA DE QUIEBRA
COMO PROVIDENCIA CAUTELAR

(a propósito de una reciente publicación*)

(Publicado en la *Rivista de Diritto Commerciale*,

volumen XXXIV (1936), primera parte,
páginas 279-307).

(*) A. CANDIAN, *Il procesto di fallimento*, Padova, Cedam, 1934.

SUMARIO — 1. Ocasión del presente escrito. — 2. Opinión de CANDÍAN »cerca de la naturaleza cautelar de la sentencia declarativa, — 3. Premisas sistemáticas: «) relacione» entre proceso y providencia; — 4. 6) posición sistemática de las providencias cautelares». — 5. La sentencia declarativa como providencia de cognición. — 6. Refutación de la opinión contraria de CASMSLOTTI. — 7. La sentencia declarativa como providencia "objetivamente compleja". — 8. Efectos ejecutivos de la declaración de quiebra. — 9. Refutación de las opiniones que atribuyen a tales efectos naturaleza «satisfactiva; a) de CABNKLUTTI; — 10. b) de ANDRIOLI. — 11. La sentencia declarativa como providencia cautelar. — 12-13. Demostración y conclusiones.

1. — Si he dejado transcurrir casi dos años desde la publicación del grueso volumen de AUBELIO CANDÍAN sobre el *Proceso de quiebra* para cumplir la promesa hecha a mí mismo de exponer en estas columnas la satisfacción recibida por un procesalista al ver tan preciosa aportación a la construcción procesal de la quiebra debida a un emíamente comercialista, este retardo no significa que después de la primera lectura se haya atenuado en el comentarista el interés por el libro que comenta; sabido es, por el contrario, que precisamente las recensiones demasiado precipitadas revelan muchas veces el deseo de desentenderse rápidamente, con cuatro frases genéricas como la de los elogios fúnebres, de un libro apenas hojeado, para poderlo acompañar después sin remordimientos al casto estante de los volúmenes destinados a permanecer intonsos.

Pero el libro de CANDÍAN no forma parte de los que se arrojan a la vida monástica: la materia de la quiebra es tan viva y cotidiana, y es tan personal la concepción de los institutos referentes a ella expuesta en este volumen, que todos los días la práctica y la teoría ofrecen ocasión de examinar nuevamente los problemas tratados en él y de meditar, con una lectura más atenta, sobre las soluciones que propone. CANDÍAN, aunque comercialista, se revela en este volumen procesalista a ultranza; en una zona fronteriza, como es la de la quiebra, entre el derecho sustancial y el derecho procesal, en la que pueden

intentarse por las dos partes invasiones y anexiones del territorio intermedio, **CANDÍAN** ha formado resueltamente en la parte de los procesalistas, combatiendo a su lado para sostener en cuanto a los institutos de quiebra una reivindicación intransigente y total.

No seré yo quien me duela de su generoso esfuerzo; aunque no se me oculte que, al querer constreñir bajo los esquemas de la sistemática procesal todo el derecho de quiebra, puede ocurrir que ciertas materias, consideradas bajo el ángulo visual del proceso, se presenten hasta cierto punto deformadas a causa de la perspectiva no habitual. Como es bien sabido, éste es el peligro, pero también la función, de todos los sistemas; los cuales no son otra cosa que expedientes dialécticos para considerar la realidad bajo un punto de vista insólito, y para descubrir así ciertos aspectos laterales de ella que ordinariamente escapan a quien tranquilamente se contenta con mirarla de frente, desde el acostumbrado balcón tradicional. Acostumbran los pintores, a fin de descubrir los defectos de un cuadro, a examinarlo reflejado en un espejo; no quiero decir con esto que el libro de **CANDÍAN** constituya en absoluto una inversión de las nociones comúnmente admitidas en materia de quiebra; digo solamente que su extremismo procesalístico ayudará también a los secuaces de las doctrinas tradicionales a apreciar la insuficiencia de ciertas concepciones y de ciertos errores de diseño del sistema que ellos propugnan.

La primera lectura del libro de **CANDÍAN** (que él modestamente califica, en el subtítulo, "*programa de un curso*", haciéndonos sentir así el deseo de verlo, lo más pronto posible, desarrollado en un tratado completo) suscitó en mí el propósito de seguir, caso por caso, en una larga recensión enumerativa, las aplicaciones que en su sistema han encontrado los conceptos fundamentales del derecho procesal: *jurisdicción, acción, partes, providencia*, etc., etc. Ninguna investigación contribuye a perfeccionar y a afinar los principios de la teoría general del proceso, mejor que la consistente en ensayar su aptitud práctica para ser trasplantados a campos diversos del señalado al proceso ordinario, midiendo así en estos brotes, su vitalidad; investigación que aparece especialmente intentada en este libro de **CANDÍAN**, ya que, además, como se observa desde las primeras páginas, se ha servido, para su construcción del proceso de quiebra, de conceptos y de terminología que, al no ser indiscutidamente aceptados por la doctrina procesalística predominante, se prestaban, en esta aplicación a la quiebra, a nuevos fructuosos exámenes.

Pero después, considerando que de las líneas generales de este libro han hablado ya otros autorizadamente en estas mismas columnas¹, y que no han faltado apreciaciones críticas también diligentísimas como la de **ROCCHI**², he preferido limitar mi investigación a un solo problema, escogiéndolo entre aquellos en que el pensamiento del autor se afirma con mayor originalidad. La elección no ha sido fácil, porque el lector procesalista encuentra, en cada capítulo de este vivo y fecundo volumen, argumentos que lo inducirían a meditaciones y a exámenes de la doctrina tradicional de la que **CANDÍAN** con frecuencia se separa resueltamente: del planteamiento del problema de la conexión en el proceso de quiebra en relación con el proceso ejecutivo singular, particularmente interesante por la interpretación del art. 847 del Código de comercio (págs. 211-231), a la exposición sobre las acciones de restitución en la quiebra (págs. 238 y sigs.)³; de la interpretación del art. 708 del Código de comercio, en el sentido de derivar de él la legitimación de los acreedores singulares, que tengan título anterior al acto fraudulento, para obrar —de acuerdo con el art. 1235 del Código civil— en lugar del curador (págs. 276 y sigs.), a la exposición, separándose de los principios seguidos por la doctrina dominante, de la cesación de la quiebra por falta de activo (págs. 549 y sigs.), y de la cesación por concordato (págs. 555 y sigs.); temas, todos ellos, que **CANDÍAN** construye fuera de los acostumbrados esquema⁴, contractualistas.

No se prestaría a examen menos interesante para el estudioso del proceso la originalísima exposición de la teoría jurídica de los bienes adquiridos con posterioridad (págs. 309 y sigs.), que, en terminante oposición con las enseñanzas dominantes, y ofreciendo una imponente riqueza de corolarios y de consecuencias prácticas, pone en claro la formación de una nueva y autónoma masa patrimonial, respecto de la cual los derechos de los acreedores concursales son diversos y se consideran netamente distintos de los que los mismos acreedores tienen sobre la masa separada (véanse, especialmente, las págs. 313 y 316); y, de acuerdo con estas premisas, son abundantes los aspectos de carácter más netamente procesal que merecerían un amplio desarrollo, como el que se refiere a la función de secuestratario que correspondería al quebrado sobre el patrimonio posterior a la quiebra (págs. 416-419),

1. **LIEBMAN**, en esta Revista, 1934, I, pág. 640.

2. *II processo di fallimento*, en *Giur. tí.*, 1934, IV, págs. 154 y sigs.

3. Véase actualmente, del propio **CANDÍAN**, *Le obbligazioni di restituzione nel fallimento*, en *Biv. dir. proc. civ.* 1935, I, págs. 74 y sigs.

y el referente a la estructura formal de la pignoración por quiebra en cuanto tiene por objeto los llamados bienes futuros (pág. 426).

2. — Pero, en la imposibilidad de examinar en un artículo, con la seriedad que se debe a un escritor como GANDÍAN, todos estos problemas, en cada uno de los cuales ha dejado marcada la huella de su pura individualidad, he preferido limitar la investigación a un solo problema, que, por su carácter preliminar y por la novedad de la solución propuesta por CANDÍAN, me parece fundamental: me refiero al problema de la *naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de quiebra*.

En un artículo publicado en 1931, tres años antes de la publicación de este volumen*, AURELIO CANDÍAN sostuvo resueltamente que la sentencia declarativa de quiebra debía ser clasificada no entre las providencias ejecutivas, sino entre las providencias *cautelares*: la concebía, en efecto, como una providencia asegurativa de la *par conditio creditorum*. Esta opinión no tuvo fortuna; por el contrario, desde entonces, que yo sepa, la doctrina, con CARNELUTTI a la cabeza se ha manifestado unánime en condenarla*. Pero CANDÍAN, en este volumen aparecido tres años después, ha permanecido valerosamente fiel a su tesis, si bien presentándola en términos menos decisivos y absolutos, en cuanto ha creído reconocer que esta sentencia, aun teniendo ciertos "coeficientes de acto asegurativo", tiene, sin embargo, ciertas "características de acto que abre un proceso de naturaleza predominantemente ejecutiva"⁷.

Pues bien, yo declaro sin rodeos que la opinión expuesta por CANDÍAN en 1931 me parece exacta; y que sólo disiento de él en cuanto, en el libro posteriormente publicado, ha creído deber atenuarla. A esta

4. *Sentenza dichiarativa di fallimento e processo di fallimento*, en *Eiv. dir. proc. civ.*, 1931, I, págs. 234 y sigs.

5. *Carattere della sentenza di fallimento*, en *Miv. dir. proc. civ.*, 1931, II, págs. 158 y sigs.

6. Véase, además del escrito de CARNELUTTI citado en la nota precedente, CIBTOROLJNL, *La dichiarazione del proprio dissesto nel processo di fallimento*, en *Siv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 321 (especialmente pág. 330, nota); ANDBIOIJ, *La posizione del creditore nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, en *Foro it.*, 1934, IV, pág. 18 de la edición separada; BRUNETTI A., *Fallimento e processo di esecuzione singolare*, en *esta rivista*, 1935, I, págs. 435 y sigs., especialmente pág. 442; BETTI, *Diritto proc. civile* (litografiado), pág. 760 en nota (y ahora, ed. a imprenta, pág. 571, nota 13).

7. CANDÍAN, obra citada, pág. 41; véase sobre esta atenuación de la opinión de CANDÍAN, BOCCHI, escrito citado, n. 3; BRUNETTI, escrito citado, pág. 442.

conclusión he llegado recientemente, al estudiar de nuevo toda la materia de las providencias cautelares entre las cuales me ha parecido que encuentra la sentencia declarativa de quiebra, mejor que en cualquiera otra casilla sistemática, colocación exacta⁸; si esta opinión mía, cuyas razones expondré remisivamente, hace caer sobre mí enérgicas refutaciones del tipo de las que se dirigieron contra CANDÍAN, no tendré por qué lamentarme, ya que de las serenas polémicas todos tenemos siempre algo que aprender.

3. — Para justificar mi opinión creo necesario partir de algunas premisas metodológicas que tienen un alcance más vasto que la cuestión aquí discutida.

o) El problema de la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de quiebra se plantea y resuelve por alguno⁹ en estos términos, que esquemáticamente resumo: puesto que esa sentencia es la primera fase del proceso de quiebra, que culmina en la expropiación, o sea que "es el primero de una serie de actos, dirigidos a la expropiación y a la entrega de lo obtenido a los acreedores"¹⁰, de ello deriva también que la sentencia, ***en cuanto forma parte de un proceso ejecutivo, debe ser considerada como una providencia ejecutiva***. La solución del problema no se puede encontrar, por quien razona de este modo, en la confrontación entre providencia y providencia, sino sólo en la confrontación "entre ***proceso y proceso***"; "no se trata de un carácter de la providencia en sí, sino de un carácter ***que se refleja por el proceso sobre la providencia***"¹¹.

Existe en este razonamiento la afirmación de un criterio de método, el cual, podría formularse así: que, para definir la naturaleza de una providencia jurisdiccional, no debe mirarse tanto a los efectos jurídicos que la misma, tomada aisladamente, produce por sí, cuanto a los fines últimos que el proceso, ***del que la providencia forma parte***, se propone; la naturaleza jurídica de la providencia jurisdiccional sería, pues, más que una propiedad suya intrínseca, un ***réflejo*** de la naturaleza jurídica del proceso, el cual, estando compuesto de una serie

8. Véase mi libro *Introduzione alio studio sistematico det provedimenti cautelari*, Padova, 1936,*n. 37 (que en las notas siguientes se citará abreviadamente *Pr. cautelari*). (Constituye la parte principal de este volumen, al cual se referirán las citas que en adelante se hagan).

9. CARNELUTTI, escrito cit., pág. 171; CSISTOFOLINI, escrito cit., pág. 330, nota.

10. CAENÍLUTTI, loc. cit.

11. CAENÍLUTTI, escrito y loc. cit.

de actos coordinados entre sí a un mismo fin, extendería sus caracteres a todos los actos de que se compone, y, *por consiguiente, también a la providencia que es, uno de estos actos.*

Debo manifestar con toda franqueza que este criterio no me convence: no afirmo que sea equivocado, porque todos los criterios de método, dado su carácter instrumental, tienen valor provisorio y convencional, y todos son, según el punto de vista, correctos o equivocados a un mismo tiempo; pero sí digo que no es el criterio del que yo prefiero servirme. Uno de los fundamentos del sistema carneltuttiano, según aparece hasta ahora de las *Lezioni*, es, si no me engaño, el concepto de *función del proceso*, y la referencia al proceso de los efectos sobre la relación sustancial que comúnmente, según el criterio metodológico que yo estimo preferible, han estado siempre considerados como efectos de la providencia jurisdiccional; se habla de *proceso de declaración de certeza*, de *proceso constitutivo* y así sucesivamente, como si los efectos declarativos o constitutivos que el pronunciamiento del juez produce sobre la relación sustancial naciesen, no de la providencia jurisdiccional, sino del proceso entero; el cual tendría precisamente, desde su inicio hasta su fin, en modo continuativo y dinámico, la *función* de declarar la certeza o de modificar la relación controvertida, que la doctrina dominante atribuye, en cambio, cuando habla de *sentencia de declaración de certeza*, de *sentencia constitutiva*, y así sucesivamente, a la providencia jurisdiccional.

Ahora bien, me parece que en esta terminología (en la cual incluso la función *jurisdiccional* ha perdido su nombre tradicional para llamarse *función procesal*) se oculta, no digamos un equívoco, pero sí ciertamente una metáfora. Cuando se habla de *proceso de declaración de certeza* en lugar de hablar de *sentencia de declaración de certeza*, en el fondo no se causa perjuicio a nadie; siempre que se esté primero de acuerdo en cuanto al significado que se ha de dar a esta frase, la cual, si no me engaño, no es otra cosa, en sustancia, que una expresión abreviada para indicar el *proceso encaminado a una sentencia de declaración de certeza*. Pero entonces, si es así, me parece que, no obstante la forma gramatical, la función de declarar la certeza no es del proceso sino de la providencia que a través del proceso se forma.

También el proceso, entendido como serie de actos encaminados a la providencia jurisdiccional, tiene indudablemente una función propia: pero no es otra que la de *preparar la providencia*, sólo de la cual nacen los efectos sobre la relación sustancial, que el proceso

por sí mismo no produce, y que son diversos según la diversa naturaleza de la providencia. El órgano judicial, que se encuentra investido del conocimiento de una cierta controversia, permanece durante todo el desarrollo del proceso en espera del momento en que, agotados los actos procesales preparatorios, pueda ejercitar, como si hiciera descargar una chispa eléctrica, su poder jurisdiccional, los efectos del cual se manifiestan no en cuanto existe un proceso sino en cuanto el proceso consigue dar vida a una providencia, solamente la cual puede ser clasificada como *declarativa*, *constitutiva*, etc., porque los efectos declarativos o constitutivos (que son desde luego los varios aspectos de la *función* jurisdiccional) nacen de ella y no del proceso que la precede.

Por ésto yo creo que, si se quiere proceder a clasificaciones de los varios tipos de proceso, son sistemáticamente satisfactorias sólo aquellas que se basan en criterios derivados de la *forma* de los actos que componen el proceso (por ejemplo, la distinción entre proceso *oral* y proceso *escrito*) o de la figura que el mismo asume según la disposición en que tales actos se suceden (por ejemplo, la distinción entre proceso *ordinario* y proceso *sumario*), o del predominio con que se combinan en el proceso los poderes de los varios sujetos (por ejemplo, la distinción entre proceso *dispositivo* y proceso *inquisitorio*). Y si también en la terminología común se contrapone a veces el proceso de *cognición* al de *ejecución*, como si la calificación indicase un atributo propio del proceso, es forzosamente necesario reconocer, si queremos llegar a darnos cuenta de la sustancia que se oculta bajo tales palabras, que en ese caso, para clasificar el proceso, se utiliza un criterio derivado no del proceso sino de la providencia que el proceso prepara, y que al hablar de este modo el *prius* lógico es la providencia, de la noción de la cual se vuelve hacia atrás para calificar el proceso, y no viceversa.

Pido perdón a los lectores por esta digresión demasiado larga; pero me ha parecido indispensable para llegar a exponer ideas claras sobre la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de quiebra. En efecto, cuando se dice que la quiebra es un proceso ejecutivo (y sobre esto creo que podemos estar todos de acuerdo), se toma en consideración la naturaleza indudablemente ejecutiva de las providencias (de expropiación del patrimonio del quebrado, y de distribución del activo entre los acreedores) a las que se dirige el proceso de quiebra, y, retrocediendo desde estas providencias finales, se matiza con la misma

calificación, por brevedad de expresión, todo el procedimiento; pero esto no significa 7a que deban tener necesariamente naturaleza ejecutiva todas las providencias intermedias que pueden encontrarse en el curso de esta larga serie de actos procesales, antes de llegar a la ejecución final. Sabido es que (aun prescindiendo del fenómeno de la pluralidad de los grados) puede ocurrir que en el curso de un mismo proceso se dicten sucesivamente varias providencias, a través de cada una de las cuales se ejercite la jurisdicción, con repetidas intervenciones graduales, sobre la misma relación sustancial; si por lo general, en la hipótesis más simple examinada *in vitro*, se estudia el proceso que se agota en la emanación de una providencia única, se dan, sin embargo, en la realidad, procesos en los que, antes de llegar a la providencia final, se encuentran, a guisa de etapas del camino que conduce a esa meta, providencias que inciden en el proceso, y que cierran una etapa del mismo abriendo otra; y muchas veces estas providencias incidentales tienen, si se definen según los efectos sobre la relación sustancial que nacen de ellas, naturaleza diversa de la que ofrece la providencia final. Todos saben que, por ejemplo, en el curso del proceso de expropiación inmobiliaria (que, precisamente porque tiende a la expropiación y a la satisfacción de los acreedores, se califica siempre como *ejecutiva*) pueden hallar lugar incidentalmente, para resolver controversias surgidas con ocasión del mismo proceso entre el deudor y el acreedor que acciona, o entre el acreedor y un tercero o entre los acreedores concurrentes, providencias que son indudablemente *de cognición*. Y también en el curso del proceso de quiebra, aun cuando el mismo pueda calificarse todo entero como ejecutivo por las razones antes dichas, pueden emanarse providencias (por ejemplo las sentencias que resuelven las impugnaciones de créditos) respecto de las cuales nadie dude de que sean providencias *de cognición*, aun cuando ocasionadas por un proceso ejecutivo, e insertadas en él a mitad de camino.

Todo esto debe hacer pensar en la posibilidad, junto a los procesos *simples* (que tienden a una sola providencia), de procesos *complejos*, en los cuales la jurisdicción, en lugar de ser ejercitada una sola vez, como momento final del proceso, se ejercita *en varias veces*, a través de una serie de providencias sucesivas, todas pertenecientes al mismo proceso, cada una de las cuales, considerada en sí misma, tiene efectos propios sobre la relación sustancial, y en relación a ellos una naturaleza propia. La quiebra es precisamente uno de estos pro-

cesos **complejos**: y el hecho de que el mismo esté destinado normalmente a desembocar en la ejecución, si puede autorizar para calificarlo como ejecutivo en vista de su fin último, no quita para que en el curso del mismo puedan ser emanadas providencias que, consideradas en sí, no tienen carácter ejecutivo, y para que parezca, en su aparente unicidad, a quien lo examine muy de cerca, como la concatenación o la yuxtaposición de varias fases procesales, cada una de las cuales tiende a una providencia propia y toma su color de la naturaleza específica de la misma.

Todo esto no es una novedad: es una noción elemental que se encuentra en **CHIOVENDA**, quien enseña que el "proceso de quiebra es complejo. En él se presenta la actuación de la voluntad de la ley en todas sus varias formas: cognición, conservación, ejecución; *es natural que la función de conservación se manifieste en primer término*"³².

4. — b) Para llegar a considerar la sentencia declarativa de quiebra como una providencia cautelar, es preciso aclarar también otra premisa sistemática: esto es, que las providencias cautelares no constituyen un *tertium genus*, que se pueda contraponer en el mismo plano lógico a las providencias de cognición y a las de ejecución, de modo que, al calificar una providencia como *cautelar*, se excluya con esto que la misma sea declarativa o ejecutiva; sino que constituyen una categoría formada a base de un carácter de diferenciación, que es diverso del carácter por el cual las providencias de cognición se distinguen de las de ejecución, por lo que la calificación de cautelar dada a las providencias de este grupo no excluye que cada una de ellas pueda, a base de un criterio diverso de clasificación, aparecer como perteneciente a las providencias de cognición o a las de ejecución. Quien, sin esta necesaria advertencia, quisiera hacer una división tripartita de las providencias jurisdiccionales en declarativas, ejecutivas, y cautelares, haría una clasificación ilusoria por heterogeneidad de los términos, como quien dijera, por ejemplo, que los seres humanos se dividen en hombres, mujeres y europeos.

Esta posición sistemática de las providencias cautelares, concebidas no como tercer tipo contraponible a las providencias de cognición y a las de ejecución, sino como *subtipo* de los unos y de los otros, afirmada ya en cuanto al secuestro por **ALFREDO** Rocco, ha sido enérgicamente puesta en claro por **CARNELUTTI**, especialmente en su traba-

12. *Istituzioni*, I, 2ª ed, pág. 258; *Principii*, 8ª ed, pág. 234.

jo antes recordado¹³, las premisas del cual sobre este punto me parecen, aun disintiendo en cuanto a la aplicación que de las mismas hace a la sentencia declarativa de quiebra, fundamentales¹⁴.

Sólo quien tenga presentes tales premisas puede comprender como entre ciertas tesis aparentemente antitéticas que han sido enunciadas a propósito de la sentencia declarativa de quiebra, no es imposible encontrar una conciliación, al pensar que los varios mantenedores de ellas han considerado tal sentencia desde diversos puntos de vista; así el aceptar la tesis de quien sostiene que la sentencia declarativa de quiebra es una providencia de cognición, esto es, una sentencia en sentido propio y no solamente en sentido formal, no quiere decir rechazar la tesis de quien la considera como una providencia cautelar, ya que una providencia puede ser cautelar sin cesar por esto de ser una providencia de cognición; como, viceversa, el reconocer que de la sentencia declarativa de quiebra nacen inmediatamente ciertos efectos ejecutivos, no significa excluir con esto que la misma sea una providencia cautelar, ya que también las providencias de cognición cautelar pueden ser idóneas para la ejecución forzada, y se puede hablar por eso de *título ejecutivo cautelar* y de una consiguiente *ejecución forzada cautelar*.

5. — Aclaradas así las premisas sistemáticas de las que parto, creo que se debe reconocer, a base de las mismas, que la sentencia declarativa de quiebra es, en primer término, una verdadera y propia providencia de cognición; y con mayor precisión, una de las sentencias que la doctrina actual conoce bajo el nombre de *constitutivas necesarias*. Esta opinión, que es en el fondo la sostenida por INVREA¹⁵, a quien yo parcialmente me adhiero, se ve vigorosamente combatida, en el trabajo varias veces citado, por CARNELUTTI quien, aun reconociendo (¡obsérvese bien!) que la sentencia declarativa es una providencia *de cognición* (o sea, en la terminología carneluttiana, una "providencia *jurisdiccional*") cuando se "obtiene por el acreedor mediante las formas del proceso de cognición"¹⁷, enseña en cambio que la misma, cuando es emanada con las formas previstas por el Código de comercio, es,

13. En *Biv. dir. proe. civ.*, 1931, II, págs. 159 y sigs.

14. Véase mi volumen, *Pr. cautelari*, ns. 2 y 43.

15. *La natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento*, en *Biv. dir. comm.*, 1930, págs. 534 y sigs.

16. En *Biv. dir. proe. civ.*, 1931, II, págs. 162 63.

17. *Id.*, pág. 157.

no obstaüte el nombre de sentencia, una mera providencia ejecutiva, como pueden serlo (los ejemplos son del propio **CARNELUTTI**) "el acto de pignoración nobiliaria al que procede el oficial judicial" o el "nombramiento de secuestratario para el inmueble hecho por el tribunal según el art. 2085 del Cód. civil".

Yo no soy de los que, habituados, como se lee siempre en el citado escrito, a "descansar tranquilamente sobre la identidad de la denominación", se asustan como de una herejía al oír decir que un acto llamado sentencia pueda tener en el fondo la naturaleza de una pignoración; y conozco también ciertos casos en los que indudablemente la que es forma normal de la providencia de cognición ha sido empleada por el legislador para revestir con ella la sustancia de una providencia ejecutiva (por ejemplo, la llamada "sentencia de venta" del proceso de expropiación inmobiliaria). Pero no consigo convencerme de que la sentencia declarativa de quiebra tenga naturaleza diversa, y se deba, por consiguiente, calificar unas veces como providencia de cognición y otras veces como providencia de ejecución, según que la misma sea emanada en las formas del proceso ordinario de cognición previsto por el Cód. de proc. civ. o bien en las formas abreviadas previstas por el Cód. de comercio; y me parece que, si se reconoce que la misma es una providencia de cognición en el primer caso, no existen razones plausibles para sostener que no lo sea igualmente en el segundo.

Verdaderamente, si se colocan una al lado de la otra, al objeto de confrontarlas, dos sentencias declarativas de quiebra, una emanada (en virtud de citación del acreedor) en las formas del Cód. de proc. civ., y otra emanada (en virtud de declaración del deudor o a instancia del acreedor o aun de oficio) en las formas del Cód. de comercio, y se trata, prescindiendo de todo preconcepto teórico, de establecer las diferencias que tienen lugar entre estos dos actos, me parece que no se podrán encontrar caracteres diferenciales seguros sino en relación a estos dos puntos: 1' a la diversa extensión de la cognición que precede a la emanación de la providencia (que en el primer caso es una cognición **ordinaria**, esto es, a fondo, y en el segundo es una cognición **sumaria**, esto es, superficial); 2' a la diversa impugnabilidad de la providencia (que en el primer caso podrá ser **apelable**, mientras que el segundo será **oponible**, según el art. 693 del Cód. de comercio). **Pero estas diferencias no se refieren al objeto de la cognición, que en ambos casos es el mismo;** y cuando yo veo (o me parece ver) que en estos dos casos el *thema decidendum* es el mismo,

y que en ambos casos el juez realiza, aunque sea con divisa rapidez, la misma operación lógica consistente en comparar un hecho específico legal con un hecho específico real y en establecer la certeza de que se verifican concretamente en cuanto a este último las consecuencias jurídicas dispuestas en abstracto por la norma, me parece que no debo dejarme vencer con eso por la pereza intelectual de los prácticos que descansan sobre la identidad de las denominaciones, sino que debo dejarme guiar por el buen sentido, que no es delito tomar en alguna consideración aunque se trate de construcciones teóricas,

La relación que tiene lugar entre estas dos sentencias declarativas de quiebra es, en definitiva, si debo creer a mis ojos, la misma que tiene lugar entre el apremio emanado en el proceso monitorio y la sentencia ordinaria de condena; la misma que tiene lugar entre el decreto que concede el secuestro conservativo en virtud de recurso, en las formas del art. 925 del Cód. de proe. civ., y la sentencia que lo concede en virtud de citación, cuando al acreedor le plazca, ya que no está prohibido, solicitarlo en las formas del proceso ordinario. En todos estos casos entre la providencia emanada *inaudita altera parte* y la providencia emanada previo proceso contradictorio, existen todas las diferencias, bien conocidas de la doctrina, por las cuales se distinguen, stn *salir del campo de las providencias de cognición*, las providencias sumarias de las ordinarias; pero, a pesar de esto, no se puede decir que la providencia sumaria, sólo porque la declaración de certeza se produzca a través de una cognición abreviada (contra los peligros de la cual se dan medios a propósito para provocar posteriormente el procedimiento contradictorio, que en el proceso ordinario precede a la providencia), deje de ser una declaración de certeza, esto es, una providencia de cognición. En suma, yo pienso que, si no se llega a llevar al campo del proceso ejecutivo todas las providencias de cognición llamadas sumarias (y hacer esto querría decir desconocer conclusiones acerca de las cuales toda la moderna doctrina procesalística parece unánime), no se puede lógicamente considerar como providencia ejecutiva la sentencia declarativa de quiebra sólo por el hecho de estar basada, en lugar de sobre cognición plena, sobre la cognición abreviada, que es característica de todas las providencias de cognición llamadas sumarias¹⁸.

18. Véase a este respecto INVEXA, escrito eit., ns. 0-8; CANDÍAN, obra cit., PTG. 64.

Es notable que **CABNELUTTI**, cuando quiere demostrar, contra la opinión de **INVKEA**, que la sentencia declarativa de quiebra pronunciada en las formas del Cód. de comercio, es una providencia ejecutiva y no una providencia (sumaria) de cognición, no dirige su argumentación contra la falta de procedimiento contradictorio ni contra la falta de la petición de parte, que se observa en la quiebra declarada de oficio. Admite, en suma, no sólo que puede existir una declaración de certeza sin procedimiento contradictorio sino también que puede existir, aunque sea como curiosidad rara de la flora jurídica, "un proceso de cognición a iniciativa del juez". Pero el punto de apoyo de su razonamiento es otro: niega carácter de providencia de cognición a la sentencia declarativa de quiebra pronunciada en las formas del Código de comercio, porque, según él, **no contiene una declaración de certeza**. "Pero ide qué es de lo que el tribunal declara la certeza, en la sentencia de quiebra, aunque sea provisoriamente, esto es, dejando a salvo la oposición f De las deudas del quebrado, o de algunas entre ellas, verdaderamente no; por lo que se ha de descartar, no digo su identidad, sino incluso su analogía, con el decreto de apremio y, en general, con el título ejecutivo. El decreto de apremio, en último análisis, tiene el contenido de una condena; y ninguna condena, ni siquiera provisoria y revocable, se contiene en la sentencia de quiebra"¹⁸.

Exactísimo. Pero si es verdad que la sentencia declarativa de quiebra, **pronunciada en las formas del Cód. de comercio**, no es una providencia de cognición **porque no declara la certeza de "las deudas del quebrado"**, ¿cómo puede, entonces, el mismo **CARNELUTTI** calificar como providencia de cognición la sentencia de quiebra emanada en las formas del proceso ordinario, la cual no declara tampoco la certeza en cuanto a las deudas del quebrado, sino que se limita a declararla (lo mismo que la sentencia pronunciada en las formas del Cód. de comercio) de la existencia de aquellas condiciones de hecho que, según la ley, son necesarias y suficientes para declarar la quiebra! También en esto me parece que al razonamiento de **CARNELUTTI** se puede oponer un dilema difícilmente superable: o se considera que el carácter por el cual la sentencia declarativa de quiebra no es una providencia de cognición, debe ser individualizado en la falta en ella de una declaración de certeza de las deudas del quebrado, y entonces es preciso, por xazón de coherencia, concluir que **no es providencia de cognición**

19. Td., p&g. 162.

tampoco la sentencia pronunciada en las formas ordinarias en virtud de citación del acreedor; o bien se considera que ésta es una providencia de cognición porque contiene una declaración de certeza (no de las deudas del quebrado sino de las condiciones de hecho necesarias y suficientes para la declaración de quiebra), y entonces es necesario coherentemente concluir que es una providencia de cognición también la sentencia pronunciada en las formas del Código de comercio, porque también contiene, aunque sea a través de cognición sumaria en lugar de a través de cognición plena (diferencia que, por reconocimiento del propio CARNELUTTI, no altera la naturaleza de la providencia), la declaración de certeza de las mismas condiciones que conducen por ley a la quiebra, o sea la declaración de certeza de un "thema decidendum" perfectamente idéntico^M.

6. — La sentencia declarativa de quiebra es, pues, en mi concepto, una providencia de cognición, que declara la certeza, como ocurre en todas las sentencias constitutivas, de las condiciones de hecho necesarias y suficientes para que pueda producirse *ope indicia* el cambio jurídico que la ley pone en conexión con aquellos hechos específicos; si bastase, para demostrar que la sentencia declarativa de quiebra no es una providencia de cognición, observar que la misma no contiene la declaración de certeza de una relación obligatoria (esto es, para emplear la expresión de CARNELUTTI, "de las deudas del quebrado"), una observación análoga llevaría a negar el carácter de providencia de cognición a la sentencia que, para ordenar el secuestro judicial, se limita a establecer la certeza de la existencia en el caso concreto de las condiciones previstas por el art. 921 del Cód. de proc. civ., o a la sentencia que, para pronunciar la interdicción, debe haber establecido la certeza nada más que de la enfermedad mental de la persona respecto de la cual se solicita; o, en general, a todas las sentencias constitutivas.

Pero, según CARNELUTTI, el hecho de que el tribunal, para llegar a declarar la quiebra, deba previamente declarar la certeza de la exis-

20. No cabe decir que en la sentencia declarativa de quiebra emanada en las formas del Cód. de proc. civ. se declara la certeza *al menos* de la deuda del quebrado respecto del acreedor que acciona; porque la cualidad del acreedor no es, en este caso, objeto de! juicio, sino, especialmente condición de legitimación, y porque la quiebra no deriva de haber declarado la certeza de la existencia de aquel crédito, sino de haber establecido la certeza de otras circunstancias en que w concreta, independientemente de aquel crédito singular no satisfecho, el estado de cesación de pagos.

tencia en concreto de las condiciones a las que la ley liga tal providencia, no bastaría para dar a tal declaración de certeza el carácter de un acto de cognición. También el órgano ejecutivo, dice **CARNELUTO**, "debe conocer, antes de ejecutar"; de **Buerte** que no se puede, si no se quiere rendir homenaje a una vieja "superstición", poner como criterio para diferenciar las providencias de cognición de las de ejecución la presencia en las primeras de una actividad intelectual, que en realidad se encuentra, aunque sea con diversos fines, también en las segundas: "la diferencia entre ellas no está en que el oficial de ejecución obre a ojos cerrados, esto es, sin conocer, sino en que conoce *para actuar la sanción*, mientras el juez conoce *para mandar*" ²¹.

Ahora bien, se podría objetar, a costa de parecer supersticiosos, que el colocar en el mismo plano lógico y jurídico la actividad intelectual de la que se sirve quien "juzga" para declarar la certeza de la relación sustancial, y la actividad intelectual de la que se sirve quien "ejecuta" para determinarse a emprender la ejecución, significa acaso perder de vista la fundamental distinción entre conocer *sobre la actividad ajena* y conocer *sobre la actividad propia*, que en la moderna dogmática procesal, es, si no me equivoco, la base de toda una serie de fructuosas aplicaciones sistemáticas; basta recordar, para limitarse a dos ejemplos, que precisamente en aquella distinción fundamental se inspira la teoría de los medios de impugnación cuando contrapone los vicios *de juicio* a los vicios *de actividad (errores in indicando y errores in procedendo)*, y que acaso, si no se acude a ella, se esfuma la línea fronteriza entre el concepto de cosa juzgada y el de preclusión, y se llega necesariamente a colocar el título ejecutivo en el mismo plano que las pruebas del proceso declarativo.

Pero, superando también estas supersticiones, y dando por admitido que en el proceso ejecutivo se pueda hablar de "instrucción" y de "cognición" en el mismo sentido, técnicamente preciso, en que se habla en el proceso declarativo, yo creo que tampoco las premisas de que parte **CARNELUTO** (según el cual entre la cognición del juez y la del ejecutor existiría solamente una diferencia de fin, en cuanto la primera serviría *para mandar*, mientras la segunda serviría *para actuar la sanción*) pueden llevar a considerar la sentencia de quiebra como una providencia ejecutiva. "Mandar", en el proceso de cognición, significa convertir en concreto y especial, a través de la

21. Escrito citado, p&g. 164.

constatación de la coincidencia del hecho específico real con el hecho específico legal, el mandato general abstracto contenido en la norma; significa declarar, a través de una investigación directa **sobre la realidad**, la certeza de la existencia de las condiciones de hecho, que son necesarias y suficientes a fin de que la voluntad, potencialmente depositada en la norma, llegue a ser, en cuanto a la relación controvertida, **actual e individualizada**.

La actividad intelectual del juez en el proceso declarativo mira, pues, a **la individualización del mandato**: esto es, a la declaración de certeza, en el campo del derecho sustancial, de las condiciones de hecho necesarias y suficientes **para pronunciar tal individualización**.

El organò ejecutivo, en cambio, aunque antes de proceder a la ejecución debe naturalmente, para no hacerlo a ciegas, desarrollar una cierta actividad intelectual dirigida a comprobar la certeza de la existencia de las condiciones de las cuales surge su deber de actuar²⁸, **se encuentra en todos los casos frente a un mandato ya individualizado** y concreto, que se incorpora al **título ejecutivo**; de suerte que, mientras la cognición del juez se dirige a obtener la Certeza en el campo de las relaciones sustanciales de la existencia de las condiciones de hecho necesarias y suficientes para proceder a la **individualización de un mandato no individualizado todavía judicialmente**, o sea de una voluntad **todavía no fijada en una fórmula especial**, la cognición del ejecutor se limita a obtener la certeza de la existencia de **un mandato ya individualizado y especialmente formulado**, más allá del cual le está vedada toda investigación directa sobre la realidad. Entre el conocimiento del ejecutor y la realidad se encuentra, pues, interpuesto, a guisa de obstáculo no franqueable, el **título ejecutivo**; sobre éste el ejecutor encuentra escrito en caracteres claros **lo que debe hacer**, y no le resta más que obedecer, sin otra curiosidad, sin posibilidad alguna de echar una mirada al otro lado del obstáculo ni de rehacer por su cuenta el trabajo de confrontación entre la norma abstracta y la realidad concreta que ha sido definitivamente realizado por el juez en la fase de formulación del mandato.

Si todo esto es exacto (y me parece que lo es, porque se trata verdaderamente de conceptos elementalísimos), el problema de la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de quiebra se puede plantear en estos términos: ¿el tribunal que declara la quiebra se

22. Véase en este sentido CHIOVINDA, *Istituzioni*, I, 2ª ed., pág. 282.

limita, io mismo que el ejecutor, s declarar la certeza de la existencia de un mandato *ya individualizado*, o bien se siente impulsado a obtener la certeza, mediante confrontación directa entre la norma abstracta y la realidad, de las condiciones necesarias y suficientes para llegar a la *individualización del mandatot* La cuestión, para emplear una terminología más próxima a la práctica cotidiana, podría también formularse así: ¿el tribunal que declara la quiebra se limita a establecer la certeza de la existencia de un título ejecutivo *ya nacido*, o bien se dedica & investigar si en el campo sustancial existen las condiciones de hecho necesarias 7 suficientes *para hacerlo nacer*f

Realmente, cuando leo que "hay tanta sustancia de declaración de certeza en la sentencia de que nos estamos ocupando como en el acto de pignoración mobiliaria a que procede el oficial judicial"²⁸, no puedo por menos de formularme a mí mismo una objeción a la que, desde luego, no consigo encontrar con mis fuerzas una contestación satisfactoria: el oficial judicial encuentra, en el título ejecutivo, la certeza de la existencia de un mandato *ya formulado* que le obliga a pignorar; pero el tribunal que declara la quiebra ¿a qué título ejecutivo se somete? ¿A qué mandato *ya formulado* obedece? El oficial judicial, cuando ha leído en el título ejecutivo el mandato a ejecutar (que, lógicamente, es la conclusión de un silogismo) no puede remontarse, para sustraerse a su deber de ejecutar, a las premisas lógicas de las que aquella conclusión, mediante un razonamiento *ya realizado por otra autoridad*, deriva; pero el tribunal que conoce de la quiebra tiene precisamente el oficio de construir las premisas lógicas de las que dependerá la conclusión de *su* silogismo, esto es, la declaración de quiebra. Hasta tal punto el tribunal no es el ejecutor *in procedendo* de un mandato ya formulado, que le está encomendado el oficio de decidir *in indicando* si el mandato debe o no debe ser formulado, esto es, si se debe o no pronunciar la quiebra. Antes de la pignoración *existe un mandato ya formulado*, que da al acreedor la certeza de poder obtener del oficial judicial una cierta actividad ejecutiva; antes de la sentencia declarativa es *incierto* si se declarará la quiebra y si llegará a surgir para los órganos ejecutivos un deber de ejecución.

¿Cómo se pueden confundir las dos hipótesis

23. CABNJXUTTI, escrito citado, p&g. 184.

7. — Ahora bien: frente a estas consideración» que en mi concepto conducen inevitablemente a definir la sentencia declarativa de quiebra como providencia de cognición en sentido propio, esto es, como verdadera sentencia no sólo en la forma sino también en el contenido, se puede oponer esta objeción: que la sentencia declarativa de quiebra, apenas pronunciada, produce sobre todo el patrimonio del quebrado iguales efectos (e incluso efectos mucho más penetrantes) que los que la pignoración produce sobre los mueblés pignorados; de suerte que, si los efectos que la pignoración produce sobre aquellos bienes se califican como ejecutivos (y a nadie se le ocurriría no calificarlos como tales), no se comprende como se puede discutir la naturaleza ejecutiva de una providencia, como es la sentencia declarativa, de la cual nacen efectos análogos, pero en un ámbito mucho más vasto.

Esta objeción, sin embargo, no podría conducir nunca a excluir que la sentencia declarativa sea, *ante todo*, una providencia de cognición; podría, a lo más, conducir a admitir que la sentencia declarativa sea *también* una providencia de ejecución, en cuanto se considere que acumula en sí, en una forma aparentemente única, la sustancia de dos providencias (concebibles también, teóricamente, como separadas la una de la otra), de las cuales la primera consistiría en una declaración de certeza, mientras la segunda, con efectos análogos a los de la pignoración, debería considerarse como la ejecución de la primera. Se trataría, pues, de una de esas sentencias que yo he propuesto llamar "objetivamente complejas", en las que la formulación del mandato se funde con la inmediata actuación del mismo.

Se presenta, en suma, en la sentencia declarativa de quiebra, el mismo fenómeno que se encuentra en todas las sentencias constitutivas, en las cuales, como es sabido, la doctrina tiende a distinguir, acumulados en una providencia formalmente única, dos diversos momentos sustanciales, en cuanto esas sentencias "no se agotan en la declaración de certeza de la situación preexistente, sino que hacen seguir a la declaración de certeza un pronunciamiento que tiende precisamente a modificarla"²⁴. Es cuestión controvertida según los casos si este segundo momento se debe considerar de naturaleza administrativa (jurisdicción voluntaria) o jurisdiccional (ejecución forzada); pero es sabido que la distinción entre los dos momentos no es meramente teórica, porque, frente a muchos casos de sentencias constitutivas que

24. BBTI, *Cota giudicata*, en *Ene. it.*, vol. XI, pág. 562.

acumulan estos dos momentos, se podría fácilmente pensar en un ordenamiento diverso (y algún ejemplo se tiene en el derecho positivo²⁵), en el que aparecieran escindidos también prácticamente en dos providencias separadas, la primera con el carácter de una mera declaración de certeza y la segunda con el carácter de una ejecución (administrativa o jurisdiccional, según los casos) de la primera²⁴.

Ahora bien, en la sentencia declarativa de quiebra se da precisamente este fenómeno: que si bien se podría concebir un sistema de quiebra en el que la sentencia declarativa se limitase a declarar la certeza de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para proceder a la quiebra, siendo indispensable una ulterior providencia separada, del órgano ejecutivo, para sustraer el patrimonio a la disponibilidad del quebrado (como ocurre, por ejemplo, en el procedimiento de secuestro conservativo, en el que la providencia que declara la certeza de las condiciones necesarias y suficientes para la concesión del secuestro, art. 925 del Cód. de proc. civ., es distinta de la providencia mediante la cual el secuestro se ejecuta, art. 930 del mismo Código), en el sistema de quiebra vigente estos dos momentos se encuentran acumulados en un acto único, dado que, tratándose de indisponibilidad que afecta a todo el patrimonio, no hay en este caso necesidad de la individualización de los bienes a secuestrar que, en el secuestro conservativo, puede operarse solamente en el momento de la ejecución del secuestro³⁷.

El propio **CARNELUTTI**, por lo demás, construye de este modo la sentencia declarativa de quiebra, cuando la misma se obtiene por el acreedor mediante las formas del proceso de cognición ordinario; se tendría en este caso, según él, "una *providencia jurisdiccional* (o sea, según la terminología común, una *providencia de cognición*) de la que es *accesoria una providencia ejecutiva*; esto quiere decir que un solo documento contiene dos actos procesales diversos". Pues bien, lo que **CARNELUTTI** enseña respecto de la declaración de quiebra en las formas del proceso ordinario, tiene aplicación, a mi entender, también a la declaración pronunciada en las formas del Cód. de comercio; si bien con las reservas, de que ahora hablaré, atinentes a la naturaleza

25. Véase el caso citado en mis *Studi sul processo civile*, I, pág. 758, nota 45.

20. Véanse mis estudios *Limites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, y *La sentenza como acto de ejecución forrada* (especialmente n. 4, notas).

27. OUTOUN, *Processo di fallimento*, N. 229; INVRIA, escrito citado, n. 10, pág.

puramente *cautelar* que tiene en todo caso esta sentencia, cualesquiera que sean las formas en que sea emanada.

8. — La sentencia declarativa de quiebra se puede considerar, pues, como una providencia objetivamente compleja, que es, al mismo tiempo, *creación de un título ejecutivo e inicio de ejecución en conformidad con aquel título*.

Pero cuando se llega a este punto es preciso ponerse de acuerdo acerca del alcance de este título "ejecutivo" y acerca de la naturaleza de la "ejecución" que, en virtud del mismo, se inicia sobre los bienes del quebrado, apenas abierta la quiebra. Que aun antes de la verificación, y, por consiguiente, aun antes de que se declare la existencia de créditos a satisfacer en concurso sobre el patrimonio del quebrado, la declaración de quiebra produzca inmediatamente algunos efectos, los cuales, en cuanto consisten en una invasión coactiva en la esfera jurídica del deudor, pueden sin más calificarse de ejecución forzada, no parece dudoso; no sólo porque el quebrado, apenas declarada la quiebra, pierde el poder de disponer de su patrimonio, sino también porque la administración del mismo pasa inmediatamente al curador, que puede directamente emprender los actos necesarios para la construcción de la masa activa. Pero el hecho de que a base de la sentencia declarativa se opere sin más una invasión coactiva en la esfera jurídica del deudor, no basta para hacer considerar que estos efectos ejecutivos pertenezcan a la ejecución "definitiva" o "satisfactiva"²⁸, y para excluir que los mismos no deban calificarse más bien como ejecución forzada de una providencia *cautelar*, o sea como efectos de mera *ejecución cautelar*.

Junto a los efectos ejecutivos de la pignoración, que quita al deudor la disponibilidad de los bienes pignorados *porque el acreedor tiene derecho de satisfacerse sobre ellos*, el proceso conoce los efectos ejecutivos del secuestro conservativo, que quita al pretendido deudor la disponibilidad de los bienes secuestrados *para dar tiempo a aquel que afirma ser acreedor de hacer declarar la certeza de si verdaderamente tiene derecho de satisfacer su crédito sobre los mismos*. Se trata precisamente de ver **BÍ** los efectos ejecutivos que la sentencia declarativa produce por sí, aun antes de la verificación de los créditos, se deben considerar como *inicio de ejecución satisfactiva*, o bien como fase interina de *ejecución cautelar*, a la cual la verdadera y propia ejecución

28. Véase, en cuanto a esta terminología, CABNELHTTI, escrito cit. pág. 171.

forzada con finalidad satisfactiva puede seguir solamente en un segundo tiempo, una vez llevada a cabo la verificación de créditos.

Esta última es, como sabemos, la opinión de **CANDÍAN**, a la cual yo me adhiero.

Pero, frente a ella, los más recientes mantenedores de la opinión contraria han seguido dos caminos diversos para llegar a la demostración de que la quiebra tiene desde su inicio naturaleza de ejecución satisfactiva.

a) Según algunos, que conciben la ejecución de quiebra como dirigida a la satisfacción (aunque sea por **cociente**⁸⁸) de los derechos **individuales** de los acreedores, y que en este sentido la califican de ejecución satisfactiva, la quiebra constituye un fenómeno de anticipación del inicio de la ejecución forzada sobre la creación del título ejecutivo (con derogación del principio del art. 553 del Código de proc. civ.), en cuanto, con la apertura del proceso de quiebra, se inicia ya la ejecución dirigida **a satisfacer a los acreedores**; antes de que sus derechos sean declarados ciertos en la fase de verificación.

b) Según otros, para reconocer desde el inicio la naturaleza ejecutiva del proceso de quiebra, es preciso no considerarlo como dirigido a la satisfacción de los derechos individuales, sino, más bien, como expresión de una **acción ejecutiva o concursad**, de la que sería titular el curador, la cual no se dirige a la satisfacción **de los acreedores singulares**, sino a la reconstitución y liquidación del patrimonio del quebrado; y, se dice, así como tal reconstitución y liquidación se inicia desde la apertura de la quiebra, la sentencia declarativa deberá precisamente considerarse como título ejecutivo en relación a esta acción ejecutiva colectiva o concursal, que no presupone la declaración de certeza de los acreedores singulares y el incumplimiento del deudor frente a ellos; sino solamente la declaración de certeza del estado de cesación de pagos⁹⁰.

9. — o) En cuanto a la primera opinión que está autorizadamente representada por **CARNELUTTI**⁸¹, me parece que su insostenibilidad deri-

29. **CARNELUTTI**, *Stecuzione*, I, n. 190.

30. Véase **ANMUOLI**, *La posizione del creditor nell'esecuzione singola*TM e *nell'fallimento*, cit.

31. En *JSiv. dir. proe. civ.*, 1931, II, 159 cit.; véase también **CBISTOFOLJNI**, en la misma *Siv.*, 1931, I, 329; y **BKTTI**, *Dir. proc. civ.*, pág. 760, nota (2ª ed., pág. 571, nota 18 V

va seguramente, casi diría automáticamente, de la combinación de dos principios: el principio, admitido por el propio **CARNELUTTI**^m, según el cual en el proceso de quiebra la declaración de certeza de los créditos, y, por consiguiente, la creación del título ejecutivo dirigido a la satisfacción de los mismos, no tiene lugar antes de la fase de verificación; y el principio, escrito en la ley, según el cual la ejecución forzada dirigida a satisfacer al acreedor, no puede iniciarse mientras el derecho del acreedor no haya sido declarado cierto en el título ejecutivo. Si no se demuestra que una de estas dos premisas es equivocada, es forzosamente necesario llegar a concluir que la ejecución que se desarrolla en la quiebra, desde la sentencia declarativa hasta que se realiza el juicio de verificación, **no tiene naturaleza satisfactiva**.

Pero la demostración de la inexactitud de estas dos premisas no se ha ofrecido hasta ahora de un modo convincente; en particular me parece poco persuasiva la argumentación con que alguno ha tratado de sostener⁸³ que el principio del art. 553 estaría escrito, digamos así, por adorno, en cuanto en nuestro derecho se pueden encontrar otros casos numerosos (además del de la quiebra) en los que la ejecución satisfactiva puede, contrariamente a lo dispuesto en ese artículo, iniciarse antes de la creación del título. Yo creo que una cuidadosa investigación sobre los ejemplos aducidos como pretendidas excepciones a la regla "*nulla executio sine titulo*", demostraría fácilmente que, también en esos casos, o el título ejecutivo (satisfactivo) existe en forma de declaración sumaria de certeza, o bien, cuando el mismo no se pueda encontrar ni siquiera en esta forma abreviada, se sale del campo de la ejecución satisfactiva para entrar en el de las medidas cautelares. En realidad, como he tratado de demostrar en otro lugar^M, el único criterio seguro para distinguir la ejecución satisfactiva de la ejecución cautelar, es el de determinar, en aceptación del principio del art. 553, si los actos ejecutivos preceden o siguen a la declaración de certeza (aun sumaria) del derecho a satisfacer; en todos los casos en los que se ve que la ejecución precede a esta declaración, estamos frente a una ejecución cautelar, la cual no se distingue de la satisfactiva por la diversidad de los medios ejecutivos (la ejecución cautelar con-

32. Escrito citado, pág. 166. Véase también BHUNETTI A., *Fallimento e pro oeuo di etecuzione singolare* (en esta *Sivista*, 1935, I, págs. 435 y siga.), pág. 448.

38. Véase CMBTOFOMNJ, en *Siv. dir. proc. eiv.*, 1931, I, 329 cit., y en *Pro eeuo d?ingiunaio*e* (1931), pág. 69.

34. Véase mi volumen *Pr. cautelari*, ns. 35-36; y ANDBIOLI, escrito cit., n. 1, págs. 4-6 de la edición separada.

siste siempre en un ejercicio anticipado, total o **parcial**, de los mismos **medios** de los que se sirve la ejecución satisfactiva ⁸⁸⁾ sino, únicamente en virtud de que estos medios se ponen en funcionamiento no para satisfacer un derecho ya declarado (en vía ordinaria o en vía sumaria), sino para satisfacer un derecho que, **en vía de hipótesis**, se supone que puede llegar a ser declarado en una fase procesal ulterior (véase, más adelante, n. 11). Es inútil discutir aquí si este criterio para distinguir la ejecución satisfactiva de la cautelar es exacto; pero si el mismo resulta, como me parece a mí por las razones expuestas en otro lugar, indiscutible, es cierto que en la primera fase del proceso de quiebra, la que va de la apertura a la verificación, se tiene propiamente el fenómeno típico de una ejecución **cautelar**, que no trata de satisfacer derechos cuya certeza esté ya declarada, sino sólo de disponer, mientras la existencia de derechos a satisfacer es todavía meramente supuesta, los medios aptos para satisfacerlos una vez que el juicio de verificación los haya transformado **de supuestos en ciertos**.

10. — **b)** En cuanto a la segunda opinión, que ha sido sostenida por **ANDRIOLI** (y que bajo ciertos aspectos se enlaza a una conocida teoría de **KOHLER** recientemente seguida de nuevo por **LIEBMAN** ⁸⁸⁾), yo me pregunto si aun aceptando la idea, en torno a la cual habría mucho que discutir, de una acción colectiva o concursal, basada sobre la sentencia declarativa (de la que sería titular el curador y que estaría dirigida no a la satisfacción de los acreedores, sino a la constitución y a la liquidación de la masa de la quiebra), esta acción no tendría, en virtud de la función misma que **ANDRIOLI** le asigna, naturaleza típicamente cautelar.

ANDRIOLI basa su construcción sobre un cierto paralelismo, que él cree observar, entre la ejecución por quiebra y la ejecución singular. También en ésta, dice, es preciso distinguir dos fases: la que consiste en la pignoración y en la venta de los bienes pignorados, muebles o inmuebles, y que sería la verdadera y propia ejecución forzada **contra el deudor**, para proceder a la cual es necesario y suficiente el título ejecutivo; y la que consiste en la sucesiva distribución del producto de la liquidación, que se lleva a cabo **entre acreedores** y en la cual el título

35. Pr *cautelan*, cit., n. 29.

36. *II titolo esecutivo riguardo ai terei*, en *Siv. dir. proe. civ.*, 1934, I, p&g. 140.

ejecutivo contra el deudor no tendría ya función alguna. A estas dos > fases del proceso ejecutivo individual corresponden, según ANDRIOLI, dos fases paralelas del proceso de quiebra: la primera, encaminada a la reconstrucción y liquidación del patrimonio por obra del curador, es, ella sola, la verdadera y propia ejecución forzada **contra el deudor**; la segunda, que tiene por objeto la verificación de los créditos y la distribución del producto de la liquidación, no opera ya en el campo de la ejecución **contra el deudor**, sino en el plano diverso de las relaciones **entre los acreedores concurrentes sobre la masa liquidada**. De suerte que, si el fin inmediato de la ejecución forzada no es la satisfacción de los acreedores, sino la liquidación del patrimonio del deudor, la sentencia declarativa de quiebra, que es título necesario y suficiente para la obtención de este fin, se debería considerar como un título ejecutivo perfecto en sí, independientemente de la sucesiva declaración de certeza de los créditos, la cual no sería una condición, sino más bien una **consecuencia** de una ejecución ya realizada.

A esta concepción de ANDRIOLI se podrían hacer, si la he entendido bien, una cantidad de objeciones de carácter general, que nos alejarían demasiado del tema de este artículo. Y en primer lugar se le podría observar que, si el fin y el momento esencial de toda ejecución forzada, aquel en que la actuación de la ley puede considerarse realizada, es la **satisfacción del acreedor**, no se alcanza a comprender que pueda considerarse título ejecutivo perfecto en sí aquel que se agota en la liquidación, deteniéndose así en una etapa en la que el dinero obtenido de la liquidación de los bienes se encuentra todavía en el patrimonio del deudor (del que saldrá solamente en el momento en que sirva para satisfacer a los derechos habientes) y los derechos de los acreedores se encuentran todavía en estado de insatisfacción y de espera.

Pero, aparte esta observación de carácter general, me parece también que entre el proceso ejecutivo singular y el proceso de quiebra no existe el preciso paralelismo que ANDRIOLI encuentra; si no se pudieren alegar otras, por esta simple consideración: porque, mientras en el proceso singular el título ejecutivo, del que debe estar provisto el acreedor que procede a la ejecución, no significa solamente derecho a la liquidación de los bienes del deudor, sino que significa, además, derecho de ese acreedor (ya declarado cierto **respecto del deudor**, aunque todavía sujeto a las excepciones **ex ture creditorum** que se pueden

oponer en la fase de graduación³⁷) a satisfacerse sobre el producto de la liquidación, en el proceso de quiebra la sentencia declarativa de la quiebra deja reservado a la fase de verificación, y absolutamente sin prejuzgar ***aun respecto del deudor***, el problema de la existencia y del monto de los créditos que han de admitirse al concurso. De suerte que, mientras el proceso ejecutivo singular no se inicia sino en cuanto resulte del título ejecutivo que ***existe al menos un acreedor que tiene derecho a ser satisfecho sobre los bienes del deudor*** (por lo que esta ejecución tiene desde el principio naturaleza ***satisfactiva***), el proceso de quiebra se abre ***antes de que se sepa si existirán acreedores*** (uno o varios) ***que tengan derecho al reparto***, pudiendo ocurrir que, no presentándose ningún acreedor que solicite ser admitido al pasivo o siendo impugnadas y rechazadas todas las peticiones de admisión, la quiebra haya de cesar por falta de pasivo, esto es, ***por falta de créditos a satisfacer***³⁸.

Es precisamente esta hipótesis la que, si no me equivoco, ha de tenerse presente para comprender el carácter meramente cautelar de la sentencia declarativa de quiebra y su diferencia del título ejecutivo singular. Todas las veces en que en el proceso individual se tiene una invasión coactiva en la esfera jurídica del deudor antes de que ***respecto de él*** sea declarada la certeza de la existencia del crédito a satisfacer, nos encontramos en presencia no de ejecución satisfactiva, sino de una ejecución cautelar; i por qué se ha de entender de otra manera en el caso de la quiebra, en el que los efectos inmediatos de la sentencia declarativa se producen antes de que, ***respecto del propio quebrado***, sea declarada cierta la existencia de créditos a satisfacer sobre la masa

ANDRIOLI, para refutar la opinión de CANDÍAN que sostiene la naturaleza meramente cautelar de la sentencia declarativa, observa³⁹ que "el secuestro conservativo y el judicial no habilitan al acreedor, que ha obtenido la correspondiente autorización, para pedir la venta de los bienes pignoralados, como puede hacer en cambio el curador...", y que "una providencia asegurativa, que no tiene solamente la eficacia de impedir los actos de disposición del deudor durante el proceso de ejecución y de impedir ... actos lesivos de la ***par conditio creditorum***, sino que persigue el fin de actuar esta última a través de la revocación de todos los actos en oposición, cesa de ser tal, y se convierte en una

37. Véase ANDRIOLI, escrito citado, págs. 10-11 de la edición separada.

38. CANDÍAN, obra citada, n. 312.

39. Escrito eit., pág. 20 de la edición separada.

providencia ejecutiva absolutamente pura". No estoy de acuerdo con el genial escritor: 1º, porque, por expresa disposición de ley, la liquidación del patrimonio del quebrado no puede iniciarse por el curador **Bino** después de realizada la verificación de los créditos (art. 793 del Cód. de comercio), lo que significa, si no me equivoco, que la sentencia declarativa no es, por sí misma, suficiente para habilitar al curador para la liquidación; 2º, porque no es exacto que la facultad de liquidar los bienes del deudor, esto es, de transformarlos en dinero, sea siempre inconciliable con la finalidad cautelar de la providencia, cuando el art. 930 del Cód. de proc. civ. explícitamente admite que "cuando se trate de cosas respecto de las cuales exista el peligro de deterioro, la autoridad judicial que ha concedido el secuestro puede ordenar su venta en los modos establecidos para los objetos pignorados"; 3º, porque la facultad de accionar en revocatoria, que según **ANDRIOLI** daría carácter ejecutivo "absolutamente puro" a la actividad del curador desde el inicio del procedimiento de quiebra, puede muy bien considerarse, por enseñanza del propio **ANDRIOLI**, como preordenada a fines genuinamente cautelares

11. — En conclusión, yo creo que la sentencia declarativa de quiebra se puede considerar como una providencia compleja, que deja ver la sustancia de dos providencias, una de cognición y otra de ejecución, que **ambas tienen naturaleza cautelar**: a la declaración de certeza de las condiciones necesarias y suficientes para producir ciertos efectos cautelares (esto es, a la **creación del título ejecutivo cautelar**) se acompaña la constitución de los efectos que la ley considera unidos a tal título (**ejecución cautelar**). Sería, en suma, haciendo un parangón ordinario con el instituto cautelar con el que presenta mayores afinidades (y siempre teniendo presente que la indisponibilidad producida por la quiebra difiere de la producida por el secuestro no sólo en extensión sino también en profundidad ⁴¹), como si la sentencia declarativa de quiebra acumulase en sí la declaración de certeza de los extremos necesarios y suficientes para ordenar el secuestro conservativo de todos los bienes del quebrado, y al mismo tiempo la inmediata ejecución del secuestro general así ordenado.

He tratado en otra ocasión de demostrar que el carácter típico de las providencias cautelares es el que yo he llamado **instrumentalidad hi-**

40. Véase **ANDRIOLI**, *L'azione revocatoria* (Roma, 1935). n. 10

41. Véase **CANDIAN**, obra citada, na. 46 y sigs.

potética ⁴³. Siempre que la eficacia práctica de una providencia Jurisdiccional, obtenible solamente a través de un largo proceso, corra el riesgo de ser atenuada o anulada por el retardo (*periculum in mora*), la medida cautelar, anticipando provisoriamente los efectos de la providencia principal que, si quedaran diferidos hasta el final del proceso ordinario llegarían demasiado tarde para resultar prácticamente eficaces, trata de hacer que la providencia principal pueda a su tiempo operar *re adhuc integra*, sobre el mismo estado de hecho. Sobre el que operaría si pudiera ser emanada inmediatamente; y con esto trata de asegurar anticipadamente el rendimiento de esta ulterior providencia al éxito de la cual está preordenada la medida cautelar. Por esto se habla de *instrumentalidad* de las providencias cautelares, en cuanto tales providencias no son nunca fin por sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de otra providencia, los efectos de la cual anticipan en todo o en parte; por ello se dice que tal instrumentalidad es *hipotética*, en cuanto, para anticipar provisoriamente los efectos de la futura providencia principal, es necesario que la providencia cautelar se base sobre un cálculo preventivo de probabilidades en torno a lo que podrá ser el contenido de la futura providencia principal. Piénsese, con objeto de presentar el caso con mayor simplicidad, en lo que ocurre en cuanto al secuestro conservativo: *en la hipótesis* de que el crédito afirmado por el secuestrante pueda después resultar declarado cierto en el juicio principal, la medida cautelar, al objeto de asegurar el fruto práctico de la supuesta posible sentencia de condena considerada como título para la ejecución forzada, produce anticipadamente, en forma de ejecución cautelar, la indisponibilidad de los bienes del deudor, que, si la providencia principal pudiese ser emanada inmediatamente, podría ser producida en fuerza de la misma, como primera etapa de la ejecución definitiva.

Pues bien, este carácter de *instrumentalidad hipotética*, que es, en mi concepto, típico de todas las providencias cautelares, se encuentra de un modo preciso en la sentencia declarativa de quiebra, la cual no es nunca fin en sí misma (*instrumentalidad*), en cuanto la indisponibilidad patrimonial que ella produce a cargo del quebrado no es, en principio, otra cosa que un medio para dar tiempo a los acreedores de hacer-declarar la certeza de sus créditos en la fase de verificación, o sea de conseguir tranquilamente, sin peligro en el retardo, el título ejecutivo individual necesario a cada uno para tomar parte en la eje-

42. Pr. cautelan, na. 8, 9, 10, 19.

ración satisfactiva; y, por otra parte, precisamente porque es emanada antes de que los créditos sean declarados ciertos, es emanada **en la suposición** de que tales créditos existan, de modo que, una vez declarados ciertos, la indisponibilidad patrimonial que en la primera fase del proceso de quiebra tenía función cautelar a favor de derechos meramente supuestos (*instrumentalidad hipotética*), pueda convertirse en ejecución satisfactiva en favor de derechos no ya supuestos, **sino declarados ciertos**.

El asignar a la sentencia declarativa una función meramente cautelar, totalmente distinta de la función satisfactiva que la quiebra puede asumir únicamente después de la fase de verificación, permite considerarla como expresión de un interés público que no puede confundirse con los intereses individuales de los acreedores singulares concurrentes, y que no se puede tampoco considerar como la suma de los míanos. Las providencias cautelares están, en efecto, todas ellas dirigidas, más que a garantizar la satisfacción de los derechos subjetivos, a asegurar la eficacia y, por decir así, la **seriedad** de la función jurisdiccional⁴³: son medidas dispuestas, más que en interés del individuo, en interés de la administración de la justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, podríamos decir, el buen nombre, que resultaría comprometido si con la lentitud del proceso el Estado pareciera hacerse cómplice del deudor que, mientras el acreedor se esfuerza por obtener el título ejecutivo, busca en la lentitud del procedimiento la ocasión para poner tranquilamente a salvo sus bienes.

12. — Esta finalidad netamente publicística, atinente, por decirlo así, a la "policía de la jurisdicción", que es propia de todas las medidas cautelares, permite comprender el motivo de que la sentencia declarativa de quiebra pueda ser emanada **de oficio**, lo que difícilmente se conseguiría explicar si se considerase que desde el principio el proceso de quiebra tenía carácter de ejecución **satisfactiva** a favor de los derechos de los acreedores singulares⁴⁴. De ejecución forzada en sentido propio, esto es, en sentido satisfactivo, no se puede hablar sino en cuanto exista un acreedor **que quiere ser pagado**; y de **acción ejecutiva** en este sentido no se puede hablar sino en cuanto exista la iniciativa de un acreedor que se dirige al Estado para hacer valer sobre el patrimonio del deudor su derecho que ha quedado sin satis-

43. Véase Pr. *cautelari*, n. 46.

44. Véase CANDÍAN, obra cit., pág. 63.

facier. Concebir «na ejecución satisfactiva que se iniciase de oficio para hacer pagar a quien todavía no ha declarado que quiere ser pagado», significaría, si no me equivoco, suprimir el carácter de disponibilidad que es propio de las relaciones patrimoniales del derecho privado, y admitir en ellas una ingerencia publicística, y podemos decir policial, que, mientras *hoc iure utimur*, no parece por ahora fácilmente concebible.

Por esto, si se quiere permanecer en el campo de la ejecución satisfactiva, se podrá distinguir, como hace CARNELUTTI⁴⁵, la acción ejecutiva singular (que se hace valer mediante el proceso ejecutivo ordinario) de la acción ejecutiva concursal (que se hace valer mediante la quiebra), concebidas, la una y la otra, como acciones correspondientes individualmente al acreedor singular, para conseguir la satisfacción, total o parcial (por cociente), del propio crédito no satisfecho; en ambos casos será exacto hablar de acción ejecutiva satisfactiva, porque en ambos casos la acción servirá para satisfacer, en todo o en parte, a un acreedor que tiene derecho a hacerse pagar.

No creo, por el contrario, que se pueda considerar como contenida en el campo de la ejecución satisfactiva la otra distinción que hace ANDRIOLI⁴⁶ cuando contrapone la acción ejecutiva individual (con la cual el acreedor singular persigue la satisfacción, en su totalidad o por cociente, del propio crédito) a una cierta acción ejecutiva concursal o colectiva, de la que sería titular el curador y que tendría como fin no la satisfacción de los acreedores singulares, sino la constitución y la liquidación del patrimonio del quebrado.

Si esta acción hubiera de definirse como ejecutiva (en sentido satisfactivo) no se llegaría a determinar el derecho que la misma debería servir para satisfacer: el de los acreedores singulares concurrentes, no sería, porque la sentencia declarativa de quiebra que, según el propio ANDRIOLI, es el título ejecutivo del que nace esta acción, deja sin prejuzgar toda investigación sobre la existencia de sus créditos; el del curador o el del Estado, tampoco, porque ni el curador ni el Estado tienen un derecho a satisfacer sobre el patrimonio del quebrado, ni la sentencia declarativa es título suficiente para expropiar al deudor antes de que sea declarada cierta, en el juicio de verificación, la existencia de créditos singulares a satisfacer. La concepción de AN-

45. *Etecusione*, I, n. 190.

46. Escrito cit., nota 11; acerca de la cual, en sentido contrario, puede rmm BBUNKTTI A., escrito cit., pág. 447.

DSIOLI (según el cual, si yo he entendido bien, la acción ejecutiva individual correspondiente a los acreedores singulares para obtener el pago de sus créditos entraría en función sólo al tratarse de la distribución del activo ya liquidado, mientras hasta la fase de reparto se encontraría en la liquidación por quiebra solamente el ejercicio de una acción ejecutiva colectiva correspondiente, no a los acreedores singulares sino al Estado) podría parecer exacta a quien considerase que el Estado, por el solo hecho de la declarada cesación de los pagos e independientemente de la existencia de acreedores singulares, *expropie* al quebrado de todo su patrimonio y transfiera a sí mismo no sólo el poder de disponer, sino también la titularidad del activo liquidado, de modo que después los acreedores singulares admitidos al reparto figuren como titulares del derecho *a ser pagados por el Estado* sobre la masa activa que precedentemente se le ha transferido. Pero sí, como me parece que ANDBIOLI admite, en la liquidación por quiebra (como en toda liquidación ejecutiva) no hay nunca un momento en que la propiedad de los bienes, o del producto de su liquidación, pase al Estado, el cual se limita a privar al deudor del poder de disponer en espera de la declaración de certeza de los créditos a satisfacer, para después operar directamente la transferencia del bien, o del dinero obtenido de él, por el deudor al acreedor⁴⁷, me parece evidente que mientras los créditos individuales no hayan sido declarados ciertos, la función del Estado sobre la quiebra es meramente asegurativa, en cuanto el Estado se limita a conservar (en su estado natural o transformados en dinero) los bienes del activo de la quiebra, los cuales, hasta tanto que llegue el momento de repartirlos entre los acreedores, continúan perteneciendo al quebrado, y en su poder *permanecen* (no *retornan*), si la quiebra se cierra antes de que los mismos hayan servido para pagar a los acreedores. Esta función meramente conservativa puede transformarse, pues, en satisfactiva *sólo en cuanto existan acreedores singulares que tengan derecho al reparto*; pero esto significa, si no me equivoco, que mientras no sea declarada la certeza de los créditos, el proceso de quiebra no tiene finalidad satisfactiva sino *cautelar*.

Parece, pues, natural, para tomar de nuevo el hilo del discurso que quedó interrumpido por esta digresión, que el proceso de quiebra pueda ser puesto en movimiento de oficio, *porque y en tanto que tiene naturaleza cautelar*; pero los efectos de esta iniciativa oficial no se

47. Acerca de todos estos problemas debatidísimos, véase CANDIAH, *op. cit.*, ns. 46-57.

prolongan más allá de la fase inicial, pasada la cual, para que el procedimiento pueda asumir el carácter satisfactivo que solamente le puede dar la declaración de certeza de créditos a satisfacer, debe necesariamente producirse en la fase de verificación la iniciativa de los particulares interesados, a falta de la cual la quiebra se cierra. Cuando se indica en la quiebra un caso de *jurisdicción sin acción*⁴⁸, se dice una cosa justa siempre que se permanezca en el ámbito de la *jurisdicción cautelar*; pero no se podría con igual exactitud ver en la quiebra un caso de *ejecución forzada* (eatisfactiva) *sin acción* porque también en la quiebra iniciada de oficio la fase satisfactiva no se abre si no existe demanda de los acreedores interesados. La quiebra abierta de oficio no se inicia, pues para satisfacer a los acreedores sin su demanda, sino para ofrecer el modo a los acreedores de presentar con comodidad, y sin peligro de retardo, sus demandas; no es una ejecución forzada sin acción ejecutiva, sino que es una medida cautelar destinada a hacer más seguro el rendimiento de la acción ejecutiva, si y en cuanto tal acción sea hecha valer después por los particulares interesados.

De la misma manera que el secuestro conservativo sirve para asegurar anticipadamente el rendimiento práctico de la ejecución forzada individual, en la suposición de que el secuestrante consiga procurarse el título ejecutivo, así la declaración de quiebra trata de asegurar el fruto de la ejecución forzada concursal, en la suposición de que el juicio de verificación demuestre la existencia de acreedores con derecho al reparto. Pero si en el caso de secuestro conservativo la iniciativa de provocar la medida cautelar se deja al acreedor, porque únicamente él está en condiciones de graduar en su interés individual la existencia y la gravedad del *periculum in mora*, en el caso de la ejecución concursal la valoración del *periculum in mora* no puede dejarse a los acreedores singulares, porque cada uno de ellos, si por una parte tiene interés en provocar una providencia que quite al quebrado el poder de disponer de su patrimonio, y de esta manera el poder de enajenar sus bienes o de gravarlos con nuevas deudas en daño de sus acreedores, puede tener por otra parte interés en dejar que el patrimonio permanezca en la plena disponibilidad del deudor y expuesto a las iniciativas de los acreedores singulares, con la esperanza de poder llegar antes que los otros a afectarlo con una ejecución indivi-

48. Véase C&IBTOPOUNI, *La dichiarazione del proprio dissesto nel procer» di fallimento*, en *Siv. dir. proc. civ.*, 1931, I. 331, n. 4.

dual. En este conflicto de intereses entre acreedores, que conduciría a una disparatada y opuesta valoración del *periculum in mora*, se comprende que el Estado, para asegurar el mejor rendimiento práctico posible de la ejecución forzada colectiva que la situación del deudor comerciante hace prever como inminente, provea de propia iniciativa a asegurar anticipadamente no tanto la satisfacción de los acreedores singulares (que es asunto entregado a la iniciativa individual), cuanto el respeto al principio de la *par conditio creditorum*, que es el principio procesal en que se inspira la ejecución colectiva. Si el instituto de la ejecución forzada concursal trata de impedir que la satisfacción de los acreedores se transforme en una competencia salvaje de velocidad en la que los bienes del deudor constituirían la meta, es natural que el Estado, a fin de garantizar el fruto y la seriedad del concurso que está por abrirse, se apresure a eerrar anticipadamente todos los caminos por los cuales los acreedores más impacientes podrían intentar la sorpresa, en forma que los obligue a todos a presentarse alineados por la misma cuerda, en el juicio de verificación.

Justamente, pues, CANDIAN, en el libro que ha dado ocasión a este artículo, sitúa en el aseguramiento preventivo de la *par conditio creditorum*⁴⁹ la función esencialmente cautelar de la sentencia declarativa. Esta providencia, más que en interés de los acreedores singulares, se da en interés de la justicia: para evitar que la ejecución concursal llegue demasiado tarde, cuando ya los más astutos y los más ligeros de los acreedores hayan tenido tiempo suficiente para satisfacer sus créditos íntegramente, burlándose de la lentitud del procedimiento. Si se mira el interés de los acreedores singulares, se puede decir, bajo un cierto aspecto, que la declaración de quiebra se pronuncia *a favor de todos*; pero mejor se puede decir, bajo otro aspecto, que se pronuncia *contra todos*, porque a todos impide obrar aisladamente para satisfacerse con medios individuales.

Y entonces el calificar la finalidad del proceso de quiebra, en la fase que va de la apertura a la verificación, como *satisfactivo*, tiene un cierto sabor humorístico; ya que en verdad en esta primera fase la quiebra, más bien que para satisfacer a los acreedores, sirve para impedirles satisfacerse.

13. — En conclusión, si es exacto (contrariamente a lo que sostiene ANDRIOLI) que en la quiebra no se puede hablar de acción ejecu-

49. Obra citada, tu. U j siga.

tiya (en sentido satisfactivo), sino en cuanto la misma corresponde al acreedor singular; si es exacto que la sentencia declarativa de quiebra no declara la certeza de los derechos de los acreedores singulares, ni siquiera en vía sumaria, y que, por consiguiente, la quiebra puede declararse antes de que sea declarada, y sin que sea declarada, la certeza de la existencia de créditos a satisfacer; si es exacto que la sentencia declarativa no sólo no declara la certeza de los créditos y, por consiguiente, no constituye en relación a ellos un título ejecutivo (satisfactivo), sino que más bien paraliza el ejercicio de toda acción ejecutiva individual y con ello impide en un primer momento la satisfacción de los acreedores; si todo esto es exacto, no me parece que la opinión de CANDÍAN pueda ser válidamente combatida.

El que después de la verificación de los créditos la indisponibilidad de los bienes producida por la quiebra se oriente hacia una diversa y ulterior finalidad, y, de indisponibilidad dispuesta para asegurar la satisfacción concursal de créditos meramente supuestos, se transforme en indisponibilidad encaminada a procurarse la satisfacción concursal de los créditos ya declarados ciertos, es un fenómeno que no resulta desconocido para la misma ejecución individual, en la que puede ocurrir que el secuestro se convierta en pignoración, y que sin solución de continuidad el vínculo sobre la cosa se transforme de cautelar en satisfactivo, sólo porque en el intermedio ha nacido en favor del secuestrante el título ejecutivo que antes no existía⁶⁰. Y tampoco me parece que el carácter cautelar de la sentencia declarativa pueda ser seriamente negado sólo porque entre estas dos fases (de ejecución cautelar y de ejecución satisfactiva) no se percibe una separación neta, sino que más bien aparecen tan estrechamente unidas en un proceso único que se hace imposible incluso ver el punto de soldadura; a tal objeción creo haber contestado ya con las consideraciones de carácter general expuestas al inicio de este artículo (n. 3).

Sostener, como ha hecho CABNELUTTI en polémica con CANDÍAN^M, que la sentencia declarativa de quiebra es una providencia ejecutiva (satisfactiva), porque es ejecutivo el proceso que le sigue sin solución de continuidad, significa, en mi concepto, no tomar en la debida consideración el hecho de que, en la continuación del proceso que se inicia con la sentencia declarativa, la función satisfactiva no se manifiesta inmediatamente después de la declaración de quiebra» sino que sobre-

so. Véase *Pr. cautelan*, n.º. 29 y 87.

01. Ezerito cit., páf. 171.

Tiene solamente después de la fase de verificación, en la cual, y no en la sentencia declarativa, esa ejecución satisfactiva tiene su título directo e inmediato. La brillante manifestación de esgrima polémica con la que, en la última parte de su artículo, **CARNELUTTI** trata de poner en evidencia lo que, a su juicio, constituye "el lado débil de la construcción de **CANDÍAN**", está toda dirigida a demostrar que la sentencia declarativa de quiebra se asemeja más a la pignoración que al secuestro; y la diferencia entre pignoración y secuestro, escribe **CARNELUTTI**, "se determina **por lo que viene después**: en efecto, mediante el secuestro, el proceso (ejecutivo) se agota; en cambio, mediante la pignoración se inicia y después continúa; el secuestro es un completo proceso ejecutivo (cautelar); la pignoración es una fase del proceso ejecutivo definitivo".

Yo creo, por el contrario, que la diferencia entre secuestro y pignoración se debe buscar, mejor que "en lo que viene después", **en lo que ocurre antes**⁵², en cuanto si, considerados en sí mismos, tanto el secuestro como la pignoración sirven igualmente para conservar la cosa, la función conservativa de la pignoración se puede distinguir de la función conservativa del secuestro tan sólo con fijarse bien en que, cuando se pignora, **ha nacido ya, en un momento anterior a la pignoración**, el título ejecutivo (satisfactivo), el cual, cuando se secuestra, **ha de nacer todavía en un momento posterior**. Ya que, como es bien sabido, se secuestra **en espera de que se declare cierta** la existencia de un crédito a satisfacer; se pignora para satisfacer un crédito cuya existencia **está ya declarada cierta**.

Si se debiera adoptar el criterio de mirar a lo que "ocurre antes", sería, pues, evidente, por las consideraciones ya ampliamente desarrolladas, que la sentencia declarativa se asemeja más al secuestro que a la pignoración, porque cuando la misma se pronuncia no existe todavía la declaración de certeza de los créditos a satisfacer. Pero acaso se llega al mismo resultado también si se mira, como quiere **CARNELUTTI**, a lo que viene después. En efecto, si después del secuestro conservativo viene la fase de declaración de certeza (del crédito a satisfacer), mientras después de la pignoración viene **sin más** la expropiación, la sentencia declarativa de quiebra se asemeja más al secuestro que a la pignoración, precisamente porque a la declaración de quiebra no sigue **sin más** la expropiación, sino que sigue la fase de verificación de los cré-

52. Véase *Pr. cautelari*, n. 35.

ditos, que (como el juicio principal sobre el crédito, en el secuestro) es el puente de paso necesario para llegar a la expropiación.

Afirma CARNELUTTI que, en virtud de la sentencia declarativa de quiebra, "no se trata de un secuestro, sino de una *pignoración anticipada* (respecto de la declaración de certeza — verificación — de los créditos). Su efecto es conservativo; pero se conserva para una expropiación en curso, no para una expropiación o para un cumplimiento futuro". Se podría acaso dudar si en esta última frase no se oculta una petición de principio; ¿cómo se puede hablar de una "expropiación en curso", que atribuiría sin más carácter ejecutivo a la sentencia declarativa, si antes no se ha demostrado que la sentencia declarativa es de por sí una providencia *ejecutiva* y que, como *consecuencia*, el proceso que se inicia con esta providencia debe considerarse como una "expropiación en curso"? Pero, sin entrar en estas sutilezas, creo que, en sustancia, la divergencia de opiniones se reduce a una diversidad de terminología: CARNELUTTI dice que la sentencia declarativa no es un secuestro (conservativo), sino que es una *pignoración anticipada respecto de la declaración de certeza de los créditos*. Ahora bien, en la terminología que empleo, la "pignoración anticipada sobre la declaración de certeza (ordinaria o sumaria) de los créditos" se llama *secuestro conservativo*; pero si CARNELUTTI prefiere llamar *pignoración anticipada* a lo que yo llamo *secuestro conservativo*, puedo, con absoluta tranquilidad, ya que todo consiste en entendernos, estar de acuerdo con él en considerar que la sentencia declarativa no es un secuestro sino que es una "*pignoración anticipada* respecto de la declaración de certeza del crédito".

Solamente se podría observar, (pero esto sería otro discurso) que si la denominación de *secuestro conservativo* se ha de reservar de ahora en adelante para algo que **NO SEA** una "*pignoración anticipada sobre la declaración de certeza del crédito*", resultará un poco arduo el entender qué es lo que, de ahora en adelante, se podrá designar con esta denominación.

INDICE ALFABETICO (*)

ACCIDENTO:	158
ACCIÓN *	15 y 184
— a»®gurativa	31
— cautelar. SI, 33, 86, y	139
— eotetivs.	205
— concmsj.	203 y 205
— declarativa autónoma	167
— Ejecución forzada — «atíofac-	
tiva — sin	213
— ejecutiva.	203 y 210
— ejecutiva colectiva.	211
— ejecutiva concursa!	211
— ejecutiva singular.	211
— El interés es la medida de la	177
— Jurisdicción sin	33 y 213
— Mera	125
— posesoria	101
— Pura	80
— de resarcimiento.	150
— de restitución en la quiebra	185
— revocatoria	126, 148 y 208
— snbrogatoria	126
AcalE»o»	
— singular.	203
— singular (Legitimación del)..	185
AcmrtDA» (Vicio» de).	197
ACTIVO	
— Cesación de la quiebro por	
falte áe	185
— de la quiebra (Distribución	
del).	212

ACTO	
— fraudulento.	185
— ilícito	87 y 165
— jurisdiccional	32
ACTOS	
— del juicio (Renuncia de los)..	21
— procesales (Teoría de los) ..	21
ACTUACIÓN de la ley en «1 pro-	
ceso	34
ADMINISTRACIÓN dé justicia (De-	
litos contra la).	141
AGXNTK DE cambio	123
AMRRAO»	59
— "Provisional" en materia de	106
An deleátur, 105, 110, 130, 149,	
151, 152, 153, 155, 156. 165,	
167, 176, 179.	
ANTICIPACIÓN	
— de cierto« efectos.	75
— de providencias deciaoriú»	58
ANTICXESIS forzosa.	116
AFAJMXMCXA del derecho	77 y 83
APELACIÓN	16
Arosidóar de sellos	57
AFRXMIO (Decreto de)	195
ARBITROS	141
— Controversias que m pueden	
comprometer en	141
ASCOUXAHIXNTO	
— consensúa! de la prueba	123
— del derecho	88
— de los hechos	58
— de la prueba, 53, 57, 74, 136,	
143.	

(*) La ordenación alfabética te ha hecho prescindiendo de articulo*, prepo-
moionet y conjunciones que formen parte, en su caso, de las respectivas frase». Las cifras te refieren a la página en que aparece la correspondiente vos.

AVBTUÁ	10
í o n h b » de 1* cosa juzgada ..	88
AüTODKtBNSA cautelar122 y	123
Auto» (Derecho« de)54 y	116
AUTORIZACIÓN para la pignora- ción inmediata.....	114
AUTO-TUTELA	
— cautelar.....	127
— consensúa!.....	123
AtraovxHfcuto (Secuestro de) ..	57

B

BÉLGICA.....	10
BIENES	
adquiridos con posterioridad a la quiebra (Teoría, jurídica da los).....	185
— de entidades eclesiásticas su- primidas (Posesión de los) ..	57
— futuros	186
inmuebles (Usufructo forzoso de).....	115
— muebles (Conservación de los)	58
— muebles (Separación de los)	58
Bvnt sentida.....	161

C

CAMBIO (Agentes de) ..	123
CANTIDAD	
— del daño.157 y	158
— del daño (juicio sobre la) ..	167
GAAACTXKES diferenciales de las providencias cautelares ..33 y	69
CAMA de la prueba.....	163
CAUCIÓN	76
— contractual.....	63
— judicial.....	63
— legal.....	63
— Prestación de la.....	16
— procesal.....	63
CAUTELA	
— de la cautela	64
— Derecho subjetivo de.....	59
— Derecho subjetivo sustancial de	86
— Derecho sustancial de ..67 y	137

CELERIDAD	43
CERTEZA	161
— Declaraciones de... con pre- dominante función ejecutiva, 37, 38, 44, 59, 63, 88 y	105
— jurídica (Ventaja de la) ...	171
CESACIÓN	
— de pagos.....	203
— de la quiebra por concordato	185
— de Ja quiebra por falta de ac- tivo.....	185
CLASIFICACIÓN de las providen- cias cautelares.....	51
CLÁUSULA	
— da ejecución provisoria, 60, 62, 79, 88, 108.....y	129
— provisional.....	62
— rebus He »iantibus», 36, 89 y	91
COCIENTE (Satisfacción por) ...	203
CÓDIGO italiano	19
COGNICIÓN.....34 y	197
abreviada.....137 y	194
cautelar.....35, 76 y	95
— cautelar (Providencia de)	118
— Criterio para distinguir las providencia« de cognición de la# de ejecución.....	35
— Su distinción de la ejecución en la funeión jurisdiccional	34
— a fondo.....	81
— como forma de la actuación de la ley en el proceso	34
del hecho (Sumaria)	172
ordinaria.....38, 39 y	193
— plena.....	194
Procedimiento de.....	33
— Proceso de.....34 y	189
— Proceso de...a iniciativa del jues.....	195
— Providencias de.....136 y	200
— Providencia de... susceptible de ejecución forzada	70
— Providencias cautelares de ..	35
— Providencia« cautelares en san relaciones con la	136
— Providencia« ordinarias de ..	86
— Sentencia declarativa como providencia de.....	192
— sumaria38, 138, 143 y	193
— sumaria (Providencia de) ..	80
— superficial	80
— de verosimilitud con finalidad cautelar.....	170

CONCLUSIÓN	16	COSTAS (Condena en costas con reserva de tasación)	174
CONCORDATO		CREACIÓN del título ejecutivo cau- telar	208
— Cesación de la quiebra por ..	185	CRÉDITOS (Verificación de)	203
— preventivo (Procedimiento de)	121	CRITERIOS para distinguir las pro- videncias cautelares de las otras providencias	31
CONDENA		CUALIDAD de las providencias cau- telares	137
— anticipada	87	CUESTIONES (Núcleo de)	157
— categórica	171	CULPA, 155, 156, 171, 172, 177 y	179
— condicional	167	CURADOR	121
— a las costas con reserva de tasación	174	— de la quiebra	202
— definitiva parcial	110		
— Efectos de	87	DASO	155
— en futuro	41, 165 y 168	— Cantidad del	157 y 158
— "genérica"	164	— concretamente sufrido	177
— "genérica" a los daños, 110, 130, 147	152	— Condena "genérica" a los, 110, 130, 147	152
— "genérica" a los daños (Fi- nalidad cautelar de la)	178	— Condena "genérica" a los ... salvo liquidación	168
— "genérica" a los daños, salvo liquidación	168	— Condena "genérica" al resar- cimiento de los	130
— "genérica" al resarcimiento de los daños*	130	— Condena al resarcimiento pro- nunciada por el juez penal, con reserva de liquidación en sede civil	150
— hipotética	171	— derivados de la ejecución de medidas cautelares	85
— al resarcimiento de daños pro- nunciadas por el juez penal con reserva de liquidación en sede civil	150	— Escisión en dos procesos del juicio de	153 y 157
— con reserva	168	— específico	153, 160 y 179
— Sentencias de	88 y 152	— Existencia del	157 y 179
— Sentencia provisoria de	37	— Existencia genérica del	163
CONDICIÓN	92 y 168	— Finalidad cautelar de la con- dena genérica a los	172
CONFESIÓN extrajudicial	123	— "genérico"	153, 160 y 179
CONFLICTO de intereses (<i>litis</i>) ..	101	— Juicio de	149 y 150
CONSERVACIÓN	34	— Juicio sobre la cantidad del	157
— de los bienes muebles	58	— Juicio sobre la existencia del	157
— como forma de la actuación de la ley en el proceso	34	— jurídico	75
— Punción de	191	— jurídico (Peligro de) ..	40 y 41
— de la prueba	53	— Liquidación de	107
CONSTITUCIÓN de la masa de la quiebra	205	— marginal	42
<i>Contempt of Court</i>	140	— Resarcimiento de los	64
CONTRACAUTELA	64	— en el retardo	114
CONTRADICCIÓN del demandado ..	38	— solamente temido	41
CONTROVERSIAS		— temido (Denuncia de) 57, 58, 66, 82	90
— que se pueden comprometer en árbitros	141	— Verosimilitud del	171
— de trabajo ("Provisional" en las)	108		
COSA juzgada	197		
— Autoridad de la	89		
COSA vendida (Secuestre de la)	57		

- DECISIÓN
- definitiva «obre el mérito .. 88
 - Formación progresiva de la .. 167
 - *secundum petita partium* ... 177
- DECLARACIÓN
- de certeza con predominante función ejecutiva, 37, 38, 44, 59, «3, 88 y 105
 - constitutiva 88
 - de mera certeza (Sentencia de) 175
 - de quiebra 79
 - de quiebra (Efectos ejecutivos de la) 802
 - de quiebra pronunciada de oficio 141
- DECRETO de apremio 195
- DEFENSA del demandado (Derecho de) 38
- DETTNITIVIDAD
- DELITO
- contra la administración de la justicia ..
 - Obligaciones civiles que nacen del 1 «
- DEMANDA 10
- de reivindicación 123
 - Transcripción de la 127
- DEMANDADO
- Contradicción del 38
 - Derecho de defensa del 38
- DENUNCIA
- de dafio temido, 57, 58, 66, 82 y 90
 - de obra nueva, 57, 58 82 .. y »0
- DERECHO
- administrativo 12
 - alemán 11
 - anglo sajón 9
 - aparente (Estado de peligro del) 83
 - Apariencia del 77 y 83
 - Aseguramiento del 63
 - de autor 64 y 116
 - cautelar 122 y 124
 - cautelar preconstituido 121
 - civil 12
 - comercial 12
 - controvertido 131
 - de defensa del demandado ... 38
 - Escuela italiana de 9
 - de exclusiva 54 y 116
 - Filosofía del 12
 - griego clásico 21
 - sobre la propia imagen 66
 - intermedio 16
 - Lesión del 142
 - medioeval 11
 - penal 13
 - privado (Belaeiones patrimoniales de) 211
 - procesal 12
 - procesal (Escuela de) 15
 - procesal internacional 21
 - de quiebra 184
 - de retención 123
 - romano 11; 12
 - subjetivo de cautela 59
 - subjetivo principal 59
 - subjetivo sustancial de cautela 32 y 86
 - sustancial de cautela, 67, 85 y 137
 - sustancial subjetivo 67
 - del trabajo 21
- Dátenos**
- principales 122
 - subjetivos (Tutela de lo) .. 141
- DEUDAS del quebrado 195
- Die» eertus an, incertus quando* 94
- DIFERENCIAS entre providencias cautelares e institutos afines 99
- DISMINUCIÓN del luero 154
- DISPONIBILIDAD 211
- DISTRIBUCIÓN del activo de la quiebra 212
- DOBLE juieio provisorio 80
- DOGMATISMO jurídico 13
- DURACIÓN de las providencias cautelares 36
- ECONOMU de lo« juicios 154
- Enero**
- cautelar 129
 - cautelar de la sentencia como hecho jurídico 62
 - de condena 87
 - ejecutivo de la declaración de quiebra 202
 - ejecutivo de ln providencia .. 34
 - jurídico de la providencia .. 33
- EFFECTOS (Anticipación de ciertos) 7 5

- EJECUCIÓN 34
- anticipada de la sanción principal 60
 - asegurativa 63
 - cautelar 35, 96, 204 y 208
 - cautelar (Mera) 202
 - Criterio para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución 35
 - definitiva 202
 - Su distinción de la cognición en la función jurisdiccional .. 34
 - como forma de la actuación de la ley en el proceso 84
 - forzada 59, 72, 143 y 200
 - forzada, sin acción (satisfactiva) 213
 - forzada, cautelar 95 y 192
 - forzada ordinaria 35
 - forzada (Providencia de cognición susceptible de)i 7®
 - forzada (Providencias dirigidas a asegurar la) 56
 - forzada (Teoría de la) 23
 - de medidas cautelares (Dallo« derivados de la) 85
 - Proceso de 189
 - Providencia de 200
 - Providencias cautelares de .. 35
 - Providencias cautelares en sus relaciones con la 136
 - de una providencia del juez (Falta dolosa de) 142
 - Providencias ordinarias de .. 86
 - provisoria 61
 - provisoria (Cláusula de), 60, 62, 79, 88, 108 y 129
 - provisoria parcial 108
 - por quiebra 205
 - de la sanción cautelar 60
 - satisfactiva 202, 204 y 210
 - de la sentencia (Provisoria) 37
 - singular 20 y 205
 - por supresión 57
- EJECUTIVO (Proceso) — 142
- "ELIMINATORIA" procesal 171
- EMANACIÓN
- de la providencia definitiva 58
 - de la providencia principal .. 78
- ENFERMEDAD mental 196
- ENTIDADES eclesiásticas suprimidas (Posesión de los bienes de) 57
- Errores «n indicando 197
- Errores in procedendo 197
- ESCISIÓN del juicio de daños en dos procesos 153 y 157
- ESCRITOS (Verificación de), 54, 87 y 90
- ESCUELA 10
- alemana 10 y 14
 - clásica 13
 - de derecho procesal 15
 - francesa 14
 - italiana de derecho 9
- ESCUELAS jurídicas 9
- ESENCIA 159
- ESPASA 9
- ESTABILIDAD 47
- ESTADO
- de peligro 41
 - de peligro del derecho aparente 83
- EXAMEN
- a perpetua memoria 74
 - testimonial a futura memoria, 64 y 68
- EXCKPCIONAUDAD de las providencias cautelares 68
- EXCEPCIONES *ex ture creditorum* 206
- EXCLUSIVA
- Derechos de 54 y 116
 - industrial 54
- EXIGENCIAS sociales 176
- EXISTENCIA
- concreta del dafio 179
 - del dafio 157 y 158
 - del dafio (Juicio sobre la) .. 167
 - genérica del dafio 163
- EXPERIENCIA 161
- EXPROPIACIÓN 144 y 187
- inmobiliaria (Proceso de), 190 y 193
 - ¿nobililiaria (Proceso de), 111
- EXTINCIÓN a término 91
- FAKSEDAK (Querella por), 54, 55, 87 y 90
- FALTA dolosa de ejecución de una providencia del juez 142
- FALLO
- condicional o hipotético 94
 - hipotético 93

FILOSOFÍA del derecho	13
FIN de las providencias cautelares	137
FINALIDAD	
— cautelar (Cognición de verosimilitud con)	170
— cautelar de la condena "genérica" los daños	172
— publicística	140
FORMACIÓN	
— progresiva de la decisión	157
— de la providencia (Modo de)	38 y 39
FRAUDE procesal	142
FUENTES latinas	16
FUNCIÓN	
— administrativa	140
— cautelar	34
— de conservación	191
— conservativa (Providencias ejecutivas con)	111
— ejecutiva (Declaraciones de certeza con predominante), 37, 38, 44, 59, 63, 88 y	105
— ejecutiva (Providencias con predominante)	136
— jurisdiccional	32, 140 y 188
— jurisdiccional (Distinción entre cognición y ejecución)	34
— de policía	140
— preventiva (Provisoriedad y)	40
— probatoria innovativa	55
— procesal	32 y 188
— del proceso	188
FUTURA memoria	
— Examen testimonial a	54 y 68
— Pruebas a	88
FUTURO (Condena en), 41, 165 y	168

G

GARANTÍA (Medidas de)	173
------------------------------	-----

H

HECHO	
— dañoso	155
— específico legal	198

— específico real	198
— jurídico (Efecto cautelar de la sentencia como)	62
— Simple notoriedad del	172
— Sumaria cognición del	172
HECHOS (Aseguramiento de los)	53
HIPOTECA	
— judicial, 62, 128, 129, 143, 173, 174 y	175
— Registro de	128
HISTORIA de las instituciones	12
HOLANDA	10
HUNGRÍA	10

I

IDEALISMO	12
ILEGITIMIDAD de la medida cautelar	83
IMAGEN (Derecho sobre la propia)	66
<i>Imperium iudicis</i>	140 y 141
IMPUGNACIÓN (Medios de)	197
IMPUTABILIDAD	156
IMPUTADO	141
INFORMACIONES (Sumarias)	172
INFRUCTUOSIDAD (Peligro de)	71
INGERENCIA publicística	211
<i>Inhibitio exercitii</i> turó	49
INHIBITORIA	79
INICIATIVA	
— del juez (Poderes de)	141
— del juez (Proceso de cognición a)	195
<i>Iniuria</i> , 155, 156, 165, 171, 172, 174, 176, 177 y	179
INMUEBLES (Secuestro conservativo sobre los)	143
INMUTABILIDAD	47
INSTITUCIONES (Historia de las)	12
INSTITUTO general de la instrucción	171
INSTITUTOS afines (Diferencias entre providencias cautelares e)	»9
INSTRUCCIÓN	197

- INST*UCTORIA (Instituto general de la). 171
- INSTXÜHINTALIDAD, 44, 74, 76, 85, 102, 125, 135, 139_____y 140
- como carácter típico de laa providencias cautelares 44
- genérica. 55
- hipotética_____74, 113, 119 y 208
- de las providencias cautelares 209
- Relación de. 47 y 53
- INTERDICCIÓN 196
- INTEEAS
- Lesión de. 155
- £1_____es la medida de la acción. 177
- en obrar. 67 y 171
- suficiente para invocar la tutela jurisdiccional 40
- INTERESES (Conflicto de) 101
- INTERINIDAD 36
- INTRRLOCUTORIA (Sentencia) 46 y 138
- INTERVENCIÓN de tereeros. . . . 20
- INVENTARIO 57
- extrajudicial 123
- INVESTIGACIÓN
- de verdad 171
- de verosimilitud. 171
- ITALIA 11
- Iler procesal*. 43
- Iura ad rem*. 56
- lurisdictio in sola notione consitit* 23
- JUEZ
- Falta dolosa de ejecución de una providencia del 142
- Poderes discrecionales del .. 21
- Poderes de iniciativa del ... 141
- penal (Condena al resarcimiento de los daños, con reserva de liquidación en sede civil). 195
- Proceso de cognición a iniciativa del 195
- JUICIO
- arbitral. 141
- sobre la cantidad del daño .. 157
- de daños. 149 y 150
- de daño« (Escisión en dos procesos). 153 y 157
- sobre la existencia del daño . 157
- de liquidación. 150 y 173
- de mera probabilidad. 110
- petitorio. 102
- posesorio. 102
- de probabilidades y de verosimilitud. 77
- provisorio (Doble) 80
- Renuncia de los actos del ... 21
- de resarcimiento ("Provisio-nal" en). 106
- de verdad 78 y 172
- de verosimilitud. 172
- Vicios del 197
- JUICIOS (Eeonomía de los)_____154
- JURISDICCIÓN 184
- sin acción. 33 y 213
- Policía de la. 210
- voluntaria_____200
- JURISPRUDENCIA 17
- JUSTICIA
- Delitos contra la administra-ción de. 141
- Las providencias cautelares como instrumento para el mejor funcionamiento de la ... 137
- LEALTAD 21
- LEGITIMACIÓN 196
- de los acreedores singulares . 185
- LENTITUD del procedimiento or-dinario. 71
- LESIÓN
- del derecho. 142
- de intereses. 155
- LEY (actuación en el proceso) .. 34
- LIMITACIÓN
- expresa 67
- en el tiempo de las providen-cias cautelares. 36
- LIQUIDACIÓN
- Condena genérica a los daños, salvo. 168
- de daños. 107
- Juicio de_____150 y 173
- de la masa de la quiebra_____205

— Sentencia do.	166
— Sentencias de condena con reserva de.	173
— en sede civil (Condena al resarcimiento de los daños pronunciada por el jnex penal con reserva de).	150
— en sede separada.	149
LrrioieiDAD.	154
Lma (Conflicto de intereses) .	101
LUCRO (Disminución del)	154

M

MASA	
— activa de la quiebra	202
— patrimonial	185
— de la quiebra (Constitución de la).	205
— de la quiebra (Liquidación de la).	205
MATERIA posesoria (Providencias de urgencia en).	41
MEDIDA	
— asegurativa	142
— cautelar (Daños derivados de la ejecución de).	85
— cautelar (Ilegitimidad de la) ..	83
— cautelar (Variabilidad de la) ..	89
— de garantía.	173
MEDIOS	
— de impugnación.	197
— probatorios.	143
MEXORIA	
— Examen a perpetua.	74
— Pruebas a futura.	88
MENTALIDAD curialesca.	150
MERA	
— acción.	86, 125
— certera (Sentencias de declaración de).	175
— ejecución 'cautelar.	202
XÍEITO.	138
— Decisión definitiva sobre el ..	58
— Providencia sobre el ..	138
— Providencias definitivas de ..	46
— Sentencias sobre el.	46
IconBTERio público.	21
MODO de formación de la providencia.	38 j 39

MOKA	4»
— (<i>Perieutum i») 40, 41, 42,</i>	
53, 55, «0, 62, 65, 71, 72, 74,	
81, 82, 110, 118, 126, 144, 209, .	213
MUJER (Rentas parafernales de la).	58

N

NATURALEZA	
— cautelar de la sentencia declarativa.	186
— hipotética de las providencias cautelares.	83
— jurídica de la sentencia declarativa de quiebra.	187
NAVE (Secuestro de la)	57
NOTA verdaderamente típica de las providencias cautelares ..	44
NOTORIEDAD	102
— del hecho.	172
NOTORIO.	179
NÚCLEO de cuestiones.	157
<i>IfxUla exeecutio fine titulo.</i>	204

O

OBLIGACIÓN	
— cautelar.	87
— civil que nace del delito	141
— de hacer.	57
— de no hacer.	57
OBRA nueva (Denuncias de) 57,	
68, 82.	»0
OBRAS (Secuestro de).	116
Oficio (Quiebra iniciada de) ..	213
<i>Onut probamdi.</i>	163

P

PAGO (Retraso en el).	109
PAGOS (Cesación de).	208
PARAFERNALES (Rentas ... de la mujer).	58

<i>Par conditio creditorum</i> , 118, 123,	
186, 207 y	214
PASTES	184
PATRIMONIO	
— posterior a la quiebra	185
— del quebrado	203
PELIGRO	78
— de daño jurídico	40 y 41
— del derecho aparente (Estado de)	83
— Estado de	41
— de infructuosidad	71
— en el retardo	109
— de tardanza	71
PERICIA preventiva	54 y 68
<i>Periucum</i> «n mora, 40, 41 42,	
53, 55, 60, 62, 65, 71, 72, 74,	
81, 82, 110, 118, 126, 144,	
209 y	213
PERPETUA memoria (Examen a)	74
PIGNORACIÓN .. 43, 111, 114, y	121
— anticipada	217
— inmediata (Autorización para la)	114
— inmobiliaria	199
— por quiebra	186
PODEB cautelar general 65 y	142
PODERES	
— discrecionales del juez	21
— de iniciativa del juez	141
POLICÍA	
— Función de	140
— judicial	140
— de la jurisdicción	210
PONDERACIÓN	43
PORTUGAL	10
POSESIÓN de los bienes de entidades eclesiásticas suprimidas	57
POSIBILIDAD	161
POSITIVISMO	12
PRICLUSIÓN	197
PRENDA	122
PREPARACIÓN del proceso	16
PRESTACIÓN de la caución	169
PREVENCIÓN	42
PROBABILIDAD	
— juicio de ___ y de verosimilitud	71
— Juicio de mera	101
PROBIDAD	21

PROCEDIMIENTO	
— de cognición	38
— de concordato preventivo	121
— contradictorio	195
— monitorio	39
— ordinario	39
— ordinario (Lentitud del)	71
— de secuestro conservativo	84
— sumario cautelar	143
— de urgencia	41
PROCESO	16
— Actuación de la ley en el	34
— cautelar	31 y 32
— de cognición	34 y 189
— de cognición e iniciativa del juez	195
— complejo	190
— Contradictorio	194
— declarativo (Pruebas del) ..	197
— dispositivo	189
— de ejecución	189
— ejecutivo	142
— ejecutivo singular	185
— escrito	189
— de expropiación inmobiliaria, 190 y	193
— de expropiación mobiliaria ..	111
— Función del	188
— inquisitorio	189
— oral	189
— ordinario	189
— penal	141
— Preparación del	16
— Providencia sobre el	138
— de quiebra	121, 131 y 184
— Relaciones entre ... y providencia	187
— simple	190
— sumario	189
— Sustanciación del	16
— Teoría general del	184
PRONUNCIAMIENTO definitivo parcial	109
PROVIDENCIA	184
— de apremio	68
— asegurativa	48
— cautelar	31, 32 y 202
— no cautelar	35
— cautelar (Caracteres de la)	33 y 6»
— cautelar (Clasificación)	61
— cautelar de cognición	35
— cautelar conservativa	48
— cautelar (Criterio para la definición)	29

- cautelar (Criterios para distinguirla de las otras providencias) _____ si
- cautelar (Cualidad de la) .. 137
- cautelar (Su diferencia de las providencias ejecutivas «on función conservativa») 111 y 112
- cautelar disfrazada. 172
- cautelar (Duración de la) .. 36
- cautelar de ejecución 35
- cautelar (Excepcionalidad) .. 68
- cautelar (Fin de la) .. 137
- cautelar innovativa ..?;>.... 48
- cautelar e institutos afines (Diferencias entre). 99
- cautelar (Instrumentalidad de la) ! 209
- cautelar como instrumento para el mejor funcionamiento de la justicia. *
- cautelar (Limitación en tiempo). 36
- cautelar (Naturaleza ^ hipotética de la) t 83
- cautelar (Nota verdaderamente típica de la) ... † 44
- cautelar (Posición sistemática de la) 191
- cautelar como providencia de cognición 85
- cautelar y providencia definitiva. 47
- cautelar y providencia principal. 45
- cautelar (Provisoriedad de la) 36 y 39
- cautelar en sus relaciones con la cognición y con la ejecución. 135
- cautelares en sus relaciones con las providencias sumarias 136
- cautelar (Sentencia declarativa como). 208
- cautelar (Sentencia declarativa de quiebra como). 181
- compleja. 208
- de cognición 136 y 200
- de cognición cautelar. 118
- de cognición (criterio para distinguirla de las de ejecución) 35
- de cognición (La providencia cautelar como). 85
- de cognición (Sentencia declarativa como). 192
- de cognición sumaria. 80
- de cognición, susceptible de ejecución forzada. 76
- condicional. 91 y 139
- conservatoria. 31 y 48
- conservatoria o interina. 67
- decisoria. 138
- decisoria (Anticipación de la) 58
- declarativa cautelar. 35
- declarativa no cautelar. 35
- definitiva. 37, 45 y 88
- definitiva (Emanación de la) 58
- definitiva de mérito. 46
- definitiva preventiva. 41
- definitiva (Providencias cautelares y ...). 47
- dirigida a asegurar la ejecución forzada. 56
- Efectos ejecutivos de la _____ 34
- Efectos jurídicos. 33
- de ejecución. 200
- de ejecución (Criterio para distinguirlas de las de cognición) 35
- ejecutiva. 194
- ejecutiva cautelar. 35
- ejecutiva no cautelar. 35
- ejecutiva con función conservativa (Su diferencia de las providencias cautelares) 111 y 112
- emanada *inaudita altera parte*. 194
- hipotética. 139
- incidental 46
- instructoria 138
- instructoria anticipada, 53, 88 y 139
- interina 31 y 36
- intermedia 190
- del juez (Falta dolosa de ejecución de una). 142
- judicial decisoria. 138
- judicial instructoria. 138
- jurisdiccional. 31, 37 y 192
- jurisdiccional definitiva (Betardo de una ...). 40
- (Modo de formación de la) 38, 39
- sobre el mérito. 138
- objetivamente compleja. 202
- "objetivamente compleja" (Sentencia declarativa como) 200

— ordinaria	104
— ordinaria de cognición	86
— ordinaria de ejecución	86
— petitoria	103
— con predominante función ejecutiva	136
— preventiva de urgencia	41
— principal	135
— principal (Emanación de la)	78
— principal (Providencias cautelares y ...)	45
— «obre el proceso	138
— provisoria	45
— provisoria urgente	172
— Relaciones entre proceso y ...	187
— Retardo de una	40
— sumaria	88, 39, 62, 137 y 194
— sumaria (Providencias cautelares en sus relaciones con las)	136
— temporal	36, 58 y 90
— de urgencia	41, 67 y 84
— de urgencia en materia posesoria	41
"PROVISIONAL", 59, 61, 65, 104, 107, 108 y	178
— en las controversias de trabajo	108
— en juicio de resarcimiento	106
— en materia de alimentos	106
PROVISORIA ejecución de la sentencia	37
PROVISORIKDAD .. 36, 37, 38, 47 y	80
— como carácter distintivo de las providencias cautelares	36
— y función preventiva	40
— de las providencias cautelares	36
— y urgencia	41
PRUEBA	16
— Aseguramiento de la, 53, 57, 74, 136 y	143
— Aseguramiento consensual de la	123
— atenuada de verosimilitud	80
— Carga de la	163
— Conservación de la	53
— del daño "genérico"	160
— genérica	161
— a futura memoria	88
— del proceso declarativo	197
— testimonial	74
— de verdad	177
— de verosimilitud	161 y 177
PURA acción	86

Q

<i>Quantum deleatur</i> , 105, 110, 130	
149, 153, 155, 156, 167 y ..	179
QUEBRADO	
— Deudas del	195
— Patrimonio del	203
QUERRELLA por falsedad	54,
55, 87 y	90
QUIEBRA	
— Acciones de restitución en la	185
— Cesación por concordato	185
— Cesación por falta de activo	185
— Constitución de la masa de la	205
— Curador de la	202
— Declaración de	79
— Derecho de	184
— Distribución del activo de la	212
— Efectos ejecutivos de la declaración de	202
— Ejecución por	205
— iniciada de oficio	213
— Liquidación de la masa de la	205
— Masa activa de la	202
— Naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de	187
— Patrimonio posterior a la ..	185
— Pignoración por	186
— Proceso de	121, 184 y 191
— pronunciada de oficio (Declaración de)	141
— Sentencia declarativa de, 81, 95 y	116
— Sentencia declarativa de quiebra como providencia cautelar	181
— Teoría jurídica de los bienes adquiridos con posterioridad a la	185

R

<i>Sebus tie stantibus</i> (Cláusula)	
36, 81, 89, 91 y	94
RECONVENCIÓN	21
REGISTRO de hipoteca	128
REINTEGRACIÓN posesoria	104
REIVINDICACIÓN	104
— Demanda de	123
RELACIÓN	
— continuativa	89

— controvertida	131	SATISFACCIÓN por cociente	203
— de instrumentalidad	47 y 53	SECUESTRATASIO	185
— patrimonial de derecho privado	211	SECUESTRO	23 y 121
— procesal	46 y 138	— de autovehículo	57
— sustancial	138	— conservativo .. 43, 48, 56, 64, 68, 74, 76, 80, 109, 111, 172, 207, 209, 213 y	217
— a término	94	— conservativo general	118
RENACIMIENTO	11	— conservativo inmobiliario	130
RENTAS parafernales de la mujer	58	— conservativo sobre los inmuebles	143
BINUNCIA de los actos del juicio	21	— conservativo (Procedimiento de)	84
RESARCIMIENTO	150	— convencional	123
— Acciones de	64	— de la cosa vendida	57
— de los daños	130	— judicial, 56, 61, 75, 142, 196 y	207
— de los daños (Condena "genérica" al)	130	— de la nave	57
— de los daños (Condena pronunciada por el juez penal con reserva de liquidación)	150	— de obras	116
— "Provisional" en juicio de	106	SELLOS (Aposición de)	57
RESERVA	168	SENTENCIA	16
— Condena con	168	— de condena	88 y 152
— de liquidación (Condena al resarcimiento de los daños pronunciada por el juez penal con reserva de liquidación en sede civil)	150	— de condena con reserva de liquidación	173
— de liquidación (Sentencias de condena con)	173	— condicional	168 y 196
— de tasación (Condena en costas con)	174	— constitutiva	200
RETABDO	142	— constitutiva necesaria .. 86 y	192
— Daño en el	114	— de declaración de mera certera	175
— Peligro en el	109	— declarativa	192
— de una providencia jurisdiccional definitiva	40	— declarativa (Naturaleza cautelar de la)	186
RETENCIÓN (Derecho de)	123	— declarativa como providencia cautelar	208
RETRASO en el pago	109	— declarativa como providencia de cognición	192
RETROACCIÓN (Sentencia de)	121	— declarativa como providencia "objetivamente compleja"	200
RIESGO	84	— declarativa de quiebra .. 81, 95 y	116
<i>Sivista di Diritto Processuale Civile</i>	15	— declarativa de quiebra (Carácter cautelar)	116
RUSIA	10	— declarativa de quiebra (Naturaleza jurídica)	187
		— declarativa de quiebra como providencia cautelar	181
		— definitiva	46 y 138
		— final	45
		— como hecho jurídico (Efecto cautelar de la)	62
		— incierta	170
		— interlocutoria	46 y 138
		— de liquidación	160
		— sobre el mérito	46
		— objetivamente compleja, 120 y	200
		— provisoria de condena	37

S

SANCIÓN

— cautelar (Ejecución de la)	60
— principal (Ejecución anticipada de la)	60

— Provisoria ejecución de la ..	37
— pura ..	170
— de retroacción ..	121
SENTIDO (Buen) ..	161
SEPARACIÓN de los bienes muebles	58
SIMPLIF.	
— notoriedad del hecho.	172
— verosimilitud (Juicio de) ..	78
SISTEMA cautelar (Sus deficien-	
cias en el derecho positivo ita-	
liano) ..	140
SISTEMATICA procesal ..	184
<i>Solve et repete</i> ..	104
SUBSIDIARIEDAD ..	44
SUIZA ..	10
SUJECCIÓN ..	165
— procesal ..	88 y 117
— procesal cautelar ..	87
SUMARIA	
— cognición del hecho.	172
— información ..	172
SUMARIEDAD ..	38 y 47
<i>Summaria eognitio</i> ..	77
SUPRESIÓN (Ejecución por) ..	57
SUSTANCIACIÓN del proceso ..	16

T

<i>Tantum iudicatum quantum dis-</i>	
<i>putatum</i> ..	163
TARDANZA (Peligro de) ..	71
TASACIÓN (Condena en costas con	
reserva de) ..	174
<i>Teflurteil</i> ..	106
TEMPORALIDAD ..	36
TORIA	
— de los actos procesales.	21
— general del proceso.	184
— jurídica de los bienes adquiri-	
dos con posterioridad a la	
quiebra ..	185
TERCEROS (Intervención de) ..	20
TÉRMINO	
— Extinción a ..	91
— (Relación a) ..	»4
<i>Thema decidendum</i> ..	163
TIEMPO (Limitación en el tiempo	
de las providencias cautelares ¹	36

TÍTULO	
— ejecutivo 38, 113, 195, 198 y	202
— ejecutivo cautelar.	35 y 192
— ejecutivo cautelar (Creación	
del) ..	208
— incompleto ..	114
— inexistente ..	114
TRABAJO (" <i>Provisional</i> " en las	
controversias de) ..	108
TRANSCRIPCIÓN ..	123
— de las demandas ..	127
— con finalidad cautelar ..	127
TUTELA	
— cautelar ..	40
— cautelar extrajudicial ..	122
— de los derechos subjetivos ..	141
— jurisdiccional (Interés sufi-	
ciente para invocar la)	40
— jurisdiccional preventiva	41
— mediata ..	45
— posesoria ..	103
— preventiva ..	40
— represiva ..	41
— sucesiva ..	41

U

UNIVERSIDAD ..	10
<i>Università*</i> ..	159
URGENCIA ..	42
— Procedimiento de ..	41
— Providencias de ... 41, 67 y	84
— Providencias de ... en mate-	
ria posesoria ..	41
— Providencia preventiva de ..	41
— Provisoriedad y ..	41
USUFRUCTO forzoso de bienes in-	
muebles ..	115

V

VARIABILIDAD ..	91
— de las medidas cautelares ..	89
<i>Fenter non patitur dilationem</i> ,	
105 y ..	106
VERACIDAD ..	21
VERDAD	
— Investigación de ..	171
— Juicio de ..	78 y 172
— Prueba de ..	177

VDUTICACIÓK

- de crédito« 208
- de escritos——. 64, 87 y »0
- de escritura*———65

VEROSIMILITUD

- Cognición de ... con finali-
dad cautelar. 170
- del daflo. 171
- Investigación de. 171

- _ Juído de. 172
- Juicio de probabilidades y de 77
- Juicio de simple. 78
- prueba de. 161 y 177
- Pruebas atenuadas de. 80

VICABIKDAS 139

VICIOS

- de actividad. 197
- de juicio. 197